



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2020, Vol. 4, Part 2**

**2020, Vol. 4, 2<sup>e</sup> fascicule**

Cited as [2020] 4 F.C.R., {<sup>279-556</sup>  
D-7-D-10

Renvoi [2020] 4 R.C.F., {<sup>279-556</sup>  
F-7-F-11

---

## 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, 2021.

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, 2021.

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 . . . . .	279–556
Digests. . . . .	D-7–D-10
<b>Salt Canada Inc. v. Baker (F.C.A.) . . . . .</b>	<b>279</b>

Patents—Appeal from Federal Court decision dismissing appellant's application for order directing Commissioner of Patents to vary records of Patent Office to reflect it as owner of Canadian Patent No. 2222058 ('058 patent)—Original owner of '058 patent signing agreement in 2010 conceding respondent owner of patent—Agreement containing several conditions including payment of royalties—Respondent ceasing payment of royalties—Refusing to assign patent back to original owner contrary to agreement—Original owner subsequently signing agreement with appellant, assigning patent rights thereto—Whether Federal Court having statutory jurisdiction to decide application before it under *Patent Act*, s. 52—Federal Court having jurisdiction to vary or expunge title to patent as reflected in records of Patent Office—Pursuant to *Kellogg Company v. Kellogg*, Federal Court can interpret contracts between private citizens as long as done under sphere of federal jurisdiction vested in Federal Court—*Lawthier v. 424470 B.C. Ltd.*, on which basis Federal Court declining jurisdiction herein, incorrectly decided—*Lawthier* approach going against purpose of *Patent Act*, s. 52, *Federal Courts Act* generally—When dealing with *Patent Act*, s. 52 application, Federal Court free to carry out task thereunder even if it involves interpreting agreements, other instruments—Federal Court empowered to direct Patent Office to vary its records—Commissioner of Patents directed to vary entry in records, list appellant as owner of '058 patent—Appeal allowed.

## SOMMAIRE

Appels notés . . . . .	I
Jugements . . . . .	279–556
Fiches analytiques. . . . .	F-7–F-11
<b>Salt Canada Inc. c. Baker (C.A.F.) . . . . .</b>	<b>279</b>

Brevets—Appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande présentée par l'appelante en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant au commissaire aux brevets de modifier les registres du Bureau des brevets afin de tenir compte du fait qu'elle est la propriétaire du brevet canadien n° 2222058 (brevet '058)—Le propriétaire original du brevet '058 a signé une entente en 2010 qui reconnaissait que l'intimé était propriétaire du brevet—L'entente contenait un certain nombre de conditions, notamment le paiement des redevances—L'intimé a cessé de payer les redevances—Il a refusé de rétrocéder le brevet au propriétaire original, contrairement à l'entente—Le propriétaire original a par la suite signé une entente avec l'appelante visant à céder à cette dernière les droits sur le brevet—Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale avait la compétence que lui confère la loi pour trancher la demande dont elle était saisie, fondée sur l'art. 52 de la *Loi sur les brevets*—La Cour fédérale est compétente pour ordonner la modification ou la radiation du titre à un brevet, tel qu'il figure dans les registres du Bureau des brevets—Conformément à l'arrêt *Kellogg Company c. Kellogg*, la Cour fédérale peut interpréter des contrats entre particuliers pour autant que cette interprétation soit faite dans l'exercice d'une compétence fédérale conférée à la Cour fédérale—La conclusion tirée dans la décision *Lawthier c. 424470 B.C. Ltd.*, sur le fondement de laquelle la Cour fédérale a décliné sa compétence, était mal fondée—L'approche adoptée dans la décision *Lawthier* va à l'encontre de l'objet de l'art. 52 de la *Loi sur les brevets* et, de façon générale, de la *Loi sur les Cours fédérales*—Lorsqu'il est question d'une demande fondée sur l'art. 52 de la *Loi sur les brevets*, la Cour fédérale est libre d'exécuter la tâche que le législateur lui a confiée, même si la Cour doit interpréter des ententes ou d'autres instruments—La Cour fédérale était habilitée à ordonner au Bureau des brevets de modifier ses registres—Il a été ordonné

## CONTENTS (Continued)

Federal Court Jurisdiction—Federal Court dismissing appellant’s application for order directing Commissioner of Patents to vary records of Patent Office to reflect it as owner of Canadian Patent No. 2222058 ('058 patent)—Whether Federal Court having statutory jurisdiction to decide application before it under *Patent Act*, s. 52—Respondent submitting that in application like present one, Federal Court engaged in interpretation of agreements, such interpretation exclusive function of superior courts—Interpretation of agreements not exclusively function of superior courts—Pursuant to *Kellogg Company v. Kellogg*, Federal Court can interpret contracts between private citizens as long as done under sphere of valid federal jurisdiction vested in Federal Court—*Lawthier v. 424470 B.C. Ltd.*, on which basis Federal Court declining jurisdiction herein, incorrectly decided, contrary to *Kellogg*—Bounds of Federal Court’s jurisdiction not resting on whether something “primarily a case in contract” or whether contractual interpretation will “dictate” end result—Parliament does not set fuzzy tests for jurisdiction but rather adopts more certain, brighter lines—*Lawthier* approach going against purpose of *Patent Act*, s. 52, *Federal Courts Act* generally—Federal Courts empowered to resolve contractual disputes arising within their jurisdiction.

### **ABB. Inc. v. Canadian National Railway Company (F.C.) . . . . . 303**

Transportation—Action for damages resulting from accident occurring when plaintiff’s electrical transformer transported by rail from Quebec to Kentucky—Plaintiff contracting with defendant Canadian National (defendant) for transportation of electrical transformer from Quebec to customer’s facilities in U.S.—Defendant retaining services of other defendant CSX Transportation, Inc. (CSXT) for American leg of journey—Transformer damaged while carried by CSXT—Both defendants operating railway networks, one in Canada, other in U.S.—In 2011, plaintiff, defendant signing “Confidential Transportation Agreement” (2011 agreement), which limited defendant’s liability in respect of carriage of plaintiff’s

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

au commissaire aux brevets de modifier l’inscription dans les registres pour y inscrire l’appelante comme propriétaire du brevet '058—Appel accueilli.

Compétence de la Cour fédérale—La Cour fédérale a rejeté une demande présentée par l’appelante en vue d’obtenir une ordonnance enjoignant au commissaire aux brevets de modifier les registres du Bureau des brevets afin de tenir compte du fait qu’elle est la propriétaire du brevet canadien n° 2222058 (brevet '058)—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale avait la compétence que lui confère la loi pour trancher la demande dont elle était saisie, fondée sur l’art. 52 de la *Loi sur les brevets*—L’intimé a soutenu que, dans le contexte d’une telle demande, la Cour fédérale interprète des ententes, et qu’il s’agit du ressort exclusif des cours supérieures—L’interprétation d’ententes n’est pas du ressort exclusif des cours supérieures—Conformément à l’arrêt *Kellogg Company c. Kellogg*, la Cour fédérale peut interpréter des contrats entre particuliers pour autant que cette interprétation soit faite dans l’exercice d’une compétence fédérale valide conférée à la Cour fédérale—La conclusion tirée dans la décision *Lawthier c. 424470 B.C. Ltd.*, sur le fondement de laquelle la Cour fédérale a décliné sa compétence, était mal fondée, et elle contredit l’arrêt *Kellogg*—Les limites de la compétence de la Cour fédérale ne reposent pas sur l’exercice nébuleux consistant à déterminer s’il s’agit « principalement [...] d’un différend contractuel » ou si l’interprétation contractuelle permettra de « déterminer » le résultat final—Le législateur n’établit pas des critères de compétence confus, mais adopte plutôt plus de lignes claires—L’approche adoptée dans la décision *Lawthier* va à l’encontre de l’objet de l’art. 52 de la *Loi sur les brevets* et, de façon générale, de la *Loi sur les Cours fédérales*—Lorsqu’elles sont saisies de différends contractuels, les Cours fédérales sont habilitées à régler ces différends.

### **ABB. Inc. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (C.F.) . . . . . 303**

Transports—Action en dommages-intérêts intentée à la suite d’un accident survenu lorsque le transformateur électrique de la demanderesse a été transporté par train du Québec au Kentucky—La demanderesse a conclu un contrat avec la défenderesse Canadien national (la défenderesse) pour que celle-ci transporte un transformateur électrique depuis son usine au Québec jusqu’aux installations de son client situées aux États-Unis—La défenderesse a retenu les services de l’autre défenderesse CSX Transportation, Inc. (CSXT) pour le segment du trajet effectué aux États-Unis—Le transformateur a été endommagé lors de son transport par CSXT—Les deux défenderesses exploitent des réseaux ferroviaires, l’une

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

dimensional loads—2011 agreement still in force when facts of case taking place—In March 2015, plaintiff issued purchase order to defendant (2015 agreement), referencing price quoted by defendant in initial proposal—Later, five days after taking possession of cargo, defendant issued tariff reflecting terms of 2015 agreement, containing same limitation of liability in initial proposal respecting carriers involved in route—Plaintiff dealing only with defendant; not dealing with CSXT—Plaintiff providing dimensions of transformer to defendant, which provided them to CSXT—Each carrier performing clearance check—In October 2015, transformer delivered to defendant in Quebec, which carried it to Buffalo, New York; then transformer handed to CSXT to carry to final destination in Kentucky—However, shortly before reaching destination, transformer hitting bridge, severely damaged—Both defendants denying owing anything; invoking limitation of liability clauses—Whether action should be allowed, more particularly, whether plaintiff having claim against defendant; whether defendant liable for CSXT’s negligence; whether CSXT negligent; whether plaintiff having claim against CSXT—Since *Canada Transportation Act, Railway Traffic Liability Regulations* not providing answer to all questions in issue in present matter, applicable provincial law applied as background to Act—In present case, factors showing that plaintiff-defendant contracts having closest, substantial connection with Quebec—With respect to applicable limitation of liability, while 2011, 2015 agreements conceptually separate, remaining related—2011 agreement setting parties’ terms of future contractual relationships, defining parameters of limitation of liability—2015 agreement not displacing 2011 agreement; even if considered “separate agreement”, not complying with Act, s. 137 because not signed by shipper—Plaintiff succeeding in establishing that defendant liable for CSXT’s negligence on basis of Regulations, s. 8—Regulations, s. 8 rendering defendant liable for damage to goods while in CSXT’s possession provided, pursuant to 2011 agreement, negligence proven—Concerning CSXT’s negligence, CSXT could not escape liability by blaming accident in present case on computer—Thus, CSXT found negligent, which triggered exception to limitation of liability provided for in 2011 agreement—Under provisions of Regulations governing successive carriers, defendant liable for damage caused by CSXT’s negligence—Also, CSXT bound by plaintiff-defendant contract, including limitation of liability that excluded cases of negligence—Since CSXT negligent, liable to plaintiff to compensate damage resulting from accident—Action allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

au Canada et l’autre, aux États-Unis—En 2011, la demanderesse et la défenderesse ont signé un « accord de transport confidentiel » (l’accord de 2011), qui limitait la responsabilité de la défenderesse concernant le transport de chargements exceptionnels—L’accord de 2011 était encore en vigueur à l’époque des faits en cause—En mars 2015, la demanderesse a émis un bon de commande à l’intention de la défenderesse (accord de 2015), dans lequel il était fait mention du prix établi par la défenderesse dans l’offre initiale—Par la suite, cinq jours après avoir pris possession de la cargaison, la défenderesse a émis un tarif qui reflétait les conditions de l’accord de 2015 et contenait la même limitation de responsabilité que la proposition initiale en ce qui concerne les transporteurs affichés sur l’itinéraire—La demanderesse a seulement fait affaire avec la défenderesse; elle n’a pas communiqué avec CSXT—La demanderesse a fourni les dimensions du transformateur à la défenderesse, qui les a communiquées à CSXT—Chaque transporteur a effectué une vérification du dégagement—En octobre 2015, la défenderesse a pris possession du transformateur au Québec et l’a transporté jusqu’à Buffalo (New York); elle l’a remis à CSXT, qui l’a ensuite transporté jusqu’à sa destination finale au Kentucky—Cependant, peu de temps avant son arrivée à destination, le transformateur a heurté un pont et a été sérieusement endommagé—Les deux défenderesses ont nié toute responsabilité; elles ont invoqué les clauses de limitation de responsabilité—Il s’agissait de savoir si l’action devrait être accueillie et, plus particulièrement, si la demanderesse avait un recours contre la défenderesse; si la défenderesse était responsable de la négligence de CSXT; si CSXT a fait preuve de négligence; et si la demanderesse avait un recours contre CSXT—Étant donné que *la Loi sur le transport au Canada* et le *Règlement sur la responsabilité à l’égard du transport ferroviaire des marchandises* n’ont pas apporté une réponse à toutes les questions en litige, il a fallu déterminer le droit provincial qui s’appliquait en arrière-plan de la Loi—En l’espèce, des facteurs ont montré que les contrats conclus entre la demanderesse et la défenderesse présentaient le lien le plus étroit et le plus important avec le Québec—En ce qui concerne la limitation de responsabilité applicable, bien que les accords de 2011 et de 2015 aient été conceptuellement distincts, ils demeuraient liés—En concluant l’accord de 2011, les parties ont déterminé certaines modalités de leurs relations contractuelles futures et ont défini les paramètres de la limitation de responsabilité—L’accord de 2015 n’a pas écarté celui de 2011; l’accord de 2015, même s’il devait être considéré comme un « accord distinct », n’était pas conforme à l’art. 137 de la Loi, car il n’était pas signé par l’expéditeur—La demanderesse a réussi à démontrer que la défenderesse était responsable de la négligence de CSXT sur le fondement de l’art. 8 du Règlement—L’art. 8 du Règlement

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Railways—Accident occurring when plaintiff’s electrical transformer transported from Quebec to Kentucky—Canadian National (defendant) transporting transformer by rail from Quebec to New York; other defendant, CSX Transportation, Inc. (CSXT) transporting transformer by rail to Kentucky—Before journey, plaintiff providing dimensions of transformer to defendant, which provided them to CSXT—Each carrier performing clearance check—Transformer damaged while transported by CSXT after hitting bridge—Both defendant, CSXT denying owing anything; invoking limitation of liability clauses in 2015 agreement—Plaintiff’s claim against defendant based on proposition that: (1) applicable limitation of liability found in 2011 agreement, making exception for cases of negligence; (2) defendant liable for damage sustained by transformer while carried by CSXT—Given that *Canada Transportation Act, Railway Traffic Liability Regulations* not providing answer to all questions in issue in present matter, applicable provincial law applied as background to Act—Applicable law was that of defendant’s establishment, namely Quebec law—2011, 2015 agreements plaintiff, defendant entering into related—2011 agreement setting parties’ terms of future contractual relationships, defining parameters of limitation of liability—2015 agreement involving transportation of transformer by defendant; not displacing 2011 agreement—In any event, 2015 agreement not complying with Act, s. 137 since not signed by shipper (plaintiff)—Plaintiff succeeding in establishing that defendant liable for CSXT’s negligence on basis of Regulations, s. 8—2011 agreement only dealing with limitation of liability, not excluding Regulations in entirety—Thus, Regulations, s. 8(1) rendering defendant liable for damage to goods in CSXT’s possession provided, pursuant to 2011 agreement, negligence proven—Since

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

a rendu la défenderesse responsable des dommages subis par les marchandises pendant qu’elles étaient en la possession de CSXT, pourvu que, comme l’exige l’accord de 2011, la négligence soit prouvée—En ce qui concerne la négligence de CSXT, CSXT ne pouvait pas échapper à sa responsabilité en accusant son ordinateur d’avoir provoqué l’accident—Par conséquent, CSXT a fait preuve de négligence, ce qui a rendu applicable l’exception à la limitation de responsabilité prévue dans l’accord de 2011—Selon les dispositions du Règlement qui régissent les transporteurs successifs, la défenderesse était responsable des dommages causés par la négligence de CSXT—En outre, CSXT était liée par le contrat conclu entre la demanderesse et la défenderesse, y compris en ce qui concerne sa limitation de responsabilité qui exclut les cas de négligence—Comme CSXT a fait preuve de négligence, elle devait indemniser la demanderesse pour le préjudice causé par l’accident—Action accueillie.

Chemins de fer—Un accident est survenu lorsque le transformateur électrique de la demanderesse a été transporté par train du Québec au Kentucky—Le Canadien national (défenderesse) a transporté le transformateur par train du Québec à New York; l’autre défenderesse, CSX Transportation, Inc. (CSXT), a transporté le transformateur par train jusqu’au Kentucky—Avant le début du trajet, la demanderesse a fourni les dimensions du transformateur à la défenderesse, qui les a communiquées à CSXT—Chaque transporteur a effectué une vérification du dégagement—Pendant son transport par CSXT, le transformateur a heurté un pont et a été sérieusement endommagé—La défenderesse et CSXT ont toutes deux nié toute responsabilité; elles ont invoqué les clauses de limitation de responsabilité contenues dans l’accord de 2015—L’action intentée par la demanderesse contre la défenderesse était fondée sur deux propositions : 1) la limite de responsabilité applicable était celle qui figure dans l’accord de 2011, dans lequel une exception était prévue en cas de négligence; 2) la défenderesse était responsable des dommages subis par le transformateur alors que son transport était assuré par CSXT—Étant donné que la Loi sur le transport au Canada et le Règlement sur la responsabilité à l’égard du transport ferroviaire des marchandises n’ont pas apporté une réponse à toutes les questions en litige, il a fallu déterminer le droit provincial qui s’appliquait en arrière-plan de la Loi—Le droit applicable était celui du lieu de résidence ou d’établissement de la défenderesse, à savoir le droit québécois—Les accords de 2011 et de 2015 conclus entre la demanderesse et la défenderesse étaient liés—En concluant l’accord de 2011, les parties ont déterminé certaines modalités de leurs relations contractuelles futures et ont défini les paramètres de la limitation de responsabilité—L’accord de 2015 portait

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

CSXT found negligent, exception to limitation of liability in 2011 agreement triggered—Under provisions of Regulations governing successive carriers, defendant liable for damage caused by CSXT’s negligence—Plaintiff also establishing claim against CSXT since CSXT bound by plaintiff-defendant contract, including limitation of liability that excluded cases of negligence—Since CSXT negligent, liable to plaintiff to compensate damage resulting from accident.

Civil Code—Plaintiff’s electrical transformer damaged while transported by rail from Quebec to Kentucky—Defendant Canadian National (defendant), Canadian corporation headquartered in Montreal, Quebec; operating railway network situated mainly in Canada—Defendant CSX Transportation, Inc. (CSXT) incorporated under U.S. laws, operating railway network situated mainly in U.S.—Defendant retaining services of CSXT for American leg of journey—Plaintiff dealing only with defendant, not with CSXT regarding transportation of transformer—Entering into agreement with defendant—Plaintiff providing dimensions of transformer to defendant, which provided them to CSXT—Each carrier performing clearance check—Transformer delivered to defendant in Quebec, which carried it to Buffalo, New York; then handed over to CSXT, which carried it to final destination in Kentucky—Whether plaintiff having claim against CSXT—Basis for plaintiff’s claim that CSXT bound by contract between plaintiff, defendant through mechanism of contractual extension set forth in *Civil Code of Quebec* (CCQ)—Quebec law applying to relationship between plaintiff, CSXT—*Canada Transportation Act, Railway Traffic Liability Regulations* not stating that shipper having direct claim against connecting carrier, silent on issue—Regulations, s. 8(4) inviting application of provincial law to issue—Relevant provisions of *Civil Code* deeming connecting or “substitute” carrier party to contract between shipper,

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

sur le transport du transformateur par la défenderesse; il n’a pas écarté celui de 2011—Quoi qu’il en soit, l’accord de 2011 n’était pas conforme à l’art. 137 de la Loi, car il n’était pas signé par l’expéditeur (la demanderesse)—La demanderesse a réussi à démontrer que la défenderesse était responsable de la négligence de CSXT sur le fondement de l’art. 8 du Règlement—L’accord de 2011 ne traitait que de la limitation de la responsabilité; il n’écartait pas le Règlement dans son intégralité—Par conséquent, l’art. 8(1) du Règlement a rendu la défenderesse responsable des dommages subis par les marchandises pendant qu’elles étaient en la possession de CSXT, pourvu que, comme l’exige l’accord de 2011, la négligence soit prouvée—CSXT a fait preuve de négligence, ce qui a rendu applicable l’exception à la limitation de responsabilité prévue dans l’accord de 2011—Selon les dispositions du Règlement qui régissent les transporteurs successifs, la défenderesse était responsable des dommages causés par la négligence de CSXT—La demanderesse a établi également le bien-fondé de l’action intentée contre CSXT, puisque CSXT était liée par le contrat conclu entre la demanderesse et la défenderesse, y compris en ce qui concerne sa limitation de responsabilité qui exclut les cas de négligence—Comme CSXT a fait preuve de négligence, elle devait indemniser la demanderesse pour le préjudice causé par l’accident.

Code civil—Le transformateur électrique de la demanderesse a été endommagé lors de son transport par train du Québec au Kentucky—La défenderesse Canadien national (défenderesse) est une société canadienne dont le siège social est situé à Montréal (Québec); elle exploite un réseau ferroviaire qui se trouve principalement au Canada—La défenderesse CSX Transportation, Inc. (CSXT) est constituée en société en application des lois des États-Unis et exploite un réseau ferroviaire qui se trouve principalement aux États-Unis—La défenderesse a retenu les services de CSXT pour le segment du trajet effectué aux États-Unis—La demanderesse a seulement fait affaire avec la défenderesse et elle n’a pas communiqué avec CSXT relativement au transport du transformateur—Elle a conclu un accord avec la défenderesse—La demanderesse a fourni les dimensions du transformateur à la défenderesse, qui les a communiquées à CSXT—Chaque transporteur a effectué une vérification du dégagement—La défenderesse a pris possession du transformateur au Québec et l’a transporté jusqu’à Buffalo (New York) où elle l’a remis à CSXT, qui l’a ensuite transporté jusqu’à sa destination finale au Kentucky—Il s’agissait de savoir si l’action intentée par la demanderesse contre CSXT devait être accueillie—La demanderesse a fait valoir que CSXT était liée par le contrat conclu entre la demanderesse et la défenderesse, par le biais d’un mécanisme d’extension contractuelle prévu par le *Code*

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

originating carrier (CCQ, art. 2031, 2035)—By accepting to carry transformer, CSXT becoming party to contract defendant concluding with plaintiff—Because only one contract existing, terms governing relationship between CSXT, plaintiff same as those binding defendant, plaintiff—Therefore, limitation of liability between defendant, plaintiff also applying in favour of CSXT but subject to same exceptions.

### **Weldemariam v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.) . . . . . 354**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Judicial review of Immigration and Refugee Board of Canada, Immigration Division (ID) decision determining that applicant inadmissible on security grounds *under Immigration and Refugee Protection Act*, s. 34(1)(f)—Applicant, Ethiopian, former employee of Ethiopian government’s Information Network Security Agency (INSA)—INSA targeting Ethiopian journalists with surveillance malware—Applicant alleging at risk of persecution by Ethiopian security forces—Stating only working on one project with INSA, having no knowledge of INSA’s above-mentioned activities—Canada Border Services Agency officer issuing report under Act, s. 44(1)—ID finding INSA’s activities constituting “espionage” within meaning of Act, s. 34(1)(a)—Concluding those acts of espionage “contrary to Canada’s interests” because directed “against nationals of countries allied to Canada”—Whether ID’s understanding of what it means for act of espionage to be “contrary to Canada’s interests” reasonable—ID’s decision unreasonable—Failing to consider history, purpose of s. 34(1)(a)—Act of espionage having to be directed against Canada or be contrary to Canada’s interests—Scope of espionage as ground of inadmissibility narrowed by Parliament—ID’s expansive interpretation of s. 34(1)(a) not consistent with Parliament’s intent—Nexus with Canada’s national security required to engage s. 34(1)(a)—No nexus between INSA’s espionage activities, Canada in case at bar—Canada’s national

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

*civil du Québec* (CCQ)—Le droit québécois régissait les relations entre la demanderesse et CSXT—La *Loi sur le transport au Canada* et le *Règlement sur la responsabilité à l’égard du transport ferroviaire des marchandises* n’indiquent pas que l’expéditeur peut intenter directement une action contre un transporteur correspondant; ils demeurent silencieux à ce sujet—L’art. 8(4) du Règlement incite à appliquer le droit privé provincial à cette question—Les dispositions pertinentes du *Code civil* font en sorte que le transporteur correspondant ou « substitué » soit réputé être partie au contrat conclu entre l’expéditeur et le transporteur initial (art. 2031 et 2035 du CCQ)—En acceptant de transporter le transformateur, CSXT est devenue partie au contrat que la défenderesse avait conclu avec la demanderesse—Comme il n’y avait qu’un seul contrat, les modalités régissant la relation entre CSXT et la demanderesse devaient être les mêmes que celles qui liaient la défenderesse et la demanderesse—Par conséquent, la limitation de responsabilité entre la défenderesse et la demanderesse s’appliquait aussi en faveur de CSXT, mais sous réserve des mêmes exceptions.

### **Weldemariam c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.) . . . . . 354**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle la Section de l’immigration (SI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada a jugé que le demandeur était interdit de territoire au Canada pour des raisons de sécurité aux termes de l’art. 34(1)f de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR)—Le demandeur, un Éthiopien, était un ancien employé de l’Information Network Security Agency (agence chargée de la sécurité des réseaux (INSA))—L’INSA a ciblé des journalistes éthiopiens au moyen de logiciels de surveillance malveillants—Le demandeur a soutenu qu’il courait un risque de persécution de la part des forces de sécurité éthiopiennes—Il a affirmé qu’il avait travaillé à un seul projet et qu’il n’avait aucune connaissance des activités susmentionnées de l’INSA—Un agent de l’Agence des services frontaliers du Canada a produit un rapport en application de l’art. 44(1) de la LIPR—La SI a conclu que les activités de l’INSA constituaient de l’« espionnage » au sens de l’art. 34(1)a de la LIPR—Elle a conclu que ces actes d’espionnage étaient « contraires aux intérêts du Canada » parce qu’ils visaient « des ressortissants de pays alliés du Canada »—Il s’agissait de savoir si la compréhension par la SI de ce qu’est un acte d’espionnage « contraire aux intérêts du Canada » était raisonnable—La décision de la SI était déraisonnable—La SI n’a pas tenu compte de l’historique et de l’objectif de l’art. 34(1)a—Un acte d’espionnage doit

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

security interests not engaged simply by the targeting of individuals who are nationals or residents of one of its allies, as opposed to the targeting of the ally itself—Question certified—Application allowed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Fundamental Freedoms—Immigration and Refugee Board of Canada, Immigration Division (ID) determining that applicant inadmissible on security grounds under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 34(1)(f)—Applicant, Ethiopian, former employer of Ethiopian government’s Information Network Security Agency (INSA)—INSA targeting Ethiopian journalists with surveillance malware—ID finding INSA’s activities constituting “espionage” within meaning of Act, s. 34(1)(a)—Concluding those acts of espionage “contrary to Canada’s interests” because fundamental freedoms of opinion, expression cornerstone of Charter—ID failing to explain how fundamental freedoms relevant to actions of INSA—Charter not applying to INSA, not protecting journalists targeted by INSA.

### **Canada v. 984274 Alberta Inc. (F.C.A.) . . . . . 384**

Income Tax — Assessment and Reassessment—Appeal from Tax Court of Canada judgment allowing appeal, vacating assessment issued by Minister of National Revenue under *Income Tax Act* pertaining to respondent’s 2003 taxation year—Tax Court concluding assessment dated March 23, 2015 (2015 assessment) not validly issued on basis assessment issued beyond normal reassessment period—Respondent incorporated under laws of Alberta as wholly owned subsidiary of Henro Holdings Corporation—Henro transferring to respondent 84 acres of land—Both Henro, respondent considering land to be capital property—Later that day, respondent selling land to arm’s length party; distributing part of proceeds to Henro by payment of capital dividends—In computing income for taxation year ended March 31, 2003, respondent reporting taxable capital gain of \$3 952 238

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

être dirigé contre le Canada ou être contraire aux intérêts du Canada—La portée de l’espionnage en tant que motif d’interdiction de territoire a été réduite par le Parlement—L’interprétation large de l’art. 34(1)a par la SI ne cadrerait pas avec l’intention du législateur—Il faut un lien avec la sécurité nationale du Canada pour qu’une affaire mette en cause l’art. 34(1)a—Il n’y avait pas de lien entre les activités d’espionnage de l’INSA et le Canada dans l’affaire en l’espèce—Les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale n’étaient pas mis en jeu par le simple ciblage de particuliers qui sont ressortissants ou résidents d’un pays allié du Canada, par opposition au ciblage d’un pays allié—Question certifiée—Demande accueillie.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Libertés fondamentales—La Section de l’immigration (SI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada a jugé que le demandeur était interdit de territoire au Canada pour des raisons de sécurité aux termes de l’art. 34(1)f de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR)—Le demandeur, un Éthiopien, était un ancien employé de l’Information Network Security Agency, un organisme du gouvernement éthiopien—L’INSA a ciblé des journalistes éthiopiens au moyen de logiciels de surveillance malveillants—La SI a conclu que les activités de l’INSA constituaient de l’« espionnage » au sens de l’art. 34(1)a de la LIPR—Elle a conclu que ces actes d’espionnage étaient « contraires aux intérêts du Canada » parce que les libertés fondamentales d’opinion et d’expression constituent l’une des pierres angulaires de la Charte—La SI n’a pas expliqué en quoi les libertés fondamentales sont pertinentes quant aux actions de l’INSA—La Charte ne s’applique pas à l’INSA et ne protège pas les journalistes ciblés par l’INSA.

### **Canada c. 984274 Alberta Inc. (C.A.F.) . . . . . 384**

Impôt sur le revenu — Cotisation et nouvelle cotisation—Appel interjeté contre le jugement rendu par la Cour canadienne de l’impôt, qui a accueilli l’appel interjeté par l’intimée et annulé la cotisation établie par le ministre du Revenu national sous le régime de la *Loi de l’impôt sur le revenu* ayant trait à son année d’imposition 2003—La Cour de l’impôt a conclu que la cotisation du 23 mars 2015 (la cotisation de 2015) n’était pas valide, concluant que la cotisation de 2015 a été établie en dehors de la période normale de nouvelle cotisation—L’intimée a été constituée en société sous le régime des lois de l’Alberta à titre de filiale en propriété exclusive de Henro Holdings Corporation—Henro a transféré à l’intimée un terrain de 84 acres—Selon Henro et l’intimée, le terrain constituait une immobilisation—Plus tard le même jour, l’intimée a vendu le terrain à un tiers avec qui elle

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

resulting from sale of land—In June 2003, Minister issuing notice of assessment levying \$1 809 598 in taxes (2003 assessment)—Later that year, notice of reassessment issued for same taxation year, leaving initial assessment unaltered, acknowledging full receipt of tax payable for year (2003 reassessment)—Thus, normal reassessment period for respondent's 2003 taxation year ending in June 2006—In 2007, Canada Revenue Agency (CRA) advising Henro of intention to reassess its 2003 through 2007 taxation years on basis that land transferred to respondent was inventory rather than capital property; CRA refunding taxes respondent paid on capital gain reported for 2003 taxation year—CRA assessing, reassessing Henro given excessive capital dividend paid by Henro to shareholders as result of treatment of land as inventory—Because of assessments, land transferred to respondent during 2003 taxation year deemed by Act, s. 69 to have been acquired at fair market value; thus, no income generated by respondent on arm's length sale—Minister, by notice of reassessment issued in 2010 (2010 reassessment or nil assessment), reducing taxable capital gain reported by respondent for its 2003 taxation year from \$3 952 238 to nil; refunding respondent \$2 577 231 representing taxes paid on reported taxable capital gain in 2003, plus refund interest—Respondent accepting 2010 payment—After CRA confirming various reassessments, assessments against Henro, Henro filing appeal before Tax Court—CRA, Henro executing agreement settling outstanding appeal before Tax Court—Agreement co-signed by respondent, who, although not party to appeal at issue, party to agreement—Under settlement agreement, Henro would be reassessed to reverse treatment of transferred land from inventory to capital property; respondent's 2003 taxation year would be reassessed to add capital gain to its income—In March 2015, Minister issuing 2015 assessment claiming back 2010 payment, refund interest—Whether Tax Court properly holding that 2015 assessment not issued in conformity with Act—Parties, Tax Court proceeded on basis that 2010 reassessment null, void since issued more than three years after 2003 assessment issued—Agreeing that because null, void, 2010 reassessment could not supersede 2003 reassessment—Act, s. 152(4) giving Minister power to “notify in writing any person ... that no tax is payable for the year”—Such power exercised when 2010 reassessment issued—Notification that no tax payable may be issued at any time because three-year limit not applying to such notice—While nil assessment cannot be appealed, not without legal effect—When, as in present case, notice that no tax is payable issued after initial assessment or reassessment issued, such notice replacing prior assessment, reducing “tax payable” for year to nil—In present case, tax payable by respondent for 2003 taxation year fixed by 2003 reassessment at \$1 809 598, which amount

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

n'avait pas de lien de dépendance; elle a distribué une partie des profits de la vente à Henro sous la forme de dividendes en capital—Dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition se terminant le 31 mars 2003, l'intimée a déclaré un gain en capital imposable de 3 952 238 \$ issu de la vente du terrain—En juin 2003, le ministre l'a informée, par avis de cotisation, qu'elle était redevable d'un impôt établi à 1 809 598 \$ (la cotisation de 2003)—Plus tard la même année, un avis de nouvelle cotisation pour la même année d'imposition lui a été transmis l'informant que la cotisation initiale demeurait inchangée et accusant réception du versement intégral de l'impôt pour l'année (la nouvelle cotisation de 2003)—La période normale de nouvelle cotisation pour l'année d'imposition 2003 de l'intimée expirait donc en juin 2006—En 2007, l'Agence du revenu du Canada (l'ARC) a avisé Henro qu'elle allait établir de nouvelles cotisations à l'égard de ses années d'imposition 2003 à 2007, puisque le terrain transféré à l'intimée constituait un bien à porter à l'inventaire plutôt qu'une immobilisation; l'ARC a remboursé à l'intimée l'impôt payé sur le gain en capital déclaré à l'égard de son année d'imposition 2003—L'ARC a établi des cotisations et nouvelles cotisations à l'égard de Henro par suite des dividendes en capital excessifs versés par Henro à ses actionnaires, vu la décision d'assimiler le terrain à un bien à porter à l'inventaire—Les cotisations ont eu pour conséquence que le terrain transféré à l'intimée au cours de son année d'imposition 2003 était réputé, par application de l'art. 69 de la Loi, avoir été acquis à sa juste valeur marchande; la vente du terrain à un tiers avec qui l'intimée n'avait aucun lien de dépendance n'a donc généré aucun revenu pour l'intimée—Le ministre, par voie d'avis de nouvelle cotisation délivré en 2010 (la nouvelle cotisation de 2010 ou la cotisation néant), a réduit la valeur du gain en capital imposable déclaré par l'intimée à l'égard de son année d'imposition 2003, la faisant passer de 3 952 238 \$ à zéro; il a remboursé à l'intimée 2 577 231 \$, soit l'impôt payé sur le gain en capital imposable déclaré en 2003, plus l'intérêt applicable—L'intimée a accepté le versement de 2010—Après que l'ARC a confirmé les nouvelles cotisations et les cotisations établies à l'égard de Henro, Henro a interjeté un appel devant la Cour de l'impôt—L'ARC et Henro ont conclu une entente de règlement de l'appel interjeté à la Cour de l'impôt—L'entente a été signée également par l'intimée, qui si elle n'était pas partie à l'appel ayant fait l'objet du règlement, était partie à l'entente de règlement—Aux termes de l'entente de règlement, une nouvelle cotisation serait établie à l'égard d'Henro, suivant laquelle le terrain transféré était de nouveau considéré comme une immobilisation, et non comme un bien à porter à l'inventaire; et à l'égard de l'intimée, pour l'année d'imposition 2003, suivant laquelle des gains en capital seraient ajoutés à son revenu—En mars 2015, le ministre

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

paid upon filing return for that year—Subsequent nil assessment in 2010 reducing tax payable from amount paid to zero, thus generating “overpayment” within defined meaning set out in Act, s. 164(7)(b)—Issue therefore whether 2010 payment made further to issuance of nil assessment qualifying as “refund” under Act, s. 164(1)(a)(iii)—Parliament’s objective in requiring that notice of assessment be issued before refund can be paid, except in specific cases, being to establish existence of “overpayment”, defined in Act, s. 164(7)—Therefore, nil assessment operating same way as assessment that levies tax, must be viewed as assessment when applying Act, s. 164(1)(a)(iii)—Thus, 2010 payment refund authorized to be made pursuant to Act, s. 164(1)(a)(iii)—Refund interest paid by Minister to respondent in 2010 could therefore be recovered pursuant to Act, s. 164(3.1)—Finally, since refund authorized under Act, s. 164(1)(a)(iii), made pursuant to specific provision of Act, it followed that ss. 160.1(1), 160.1(3) could be validly invoked in support of 2015 assessment—Therefore, respondent’s contention that 2015 assessment not issued in conformity with Act rejected, legal validity of 2015 assessment confirmed—Appeal allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

a établi la cotisation de 2015 ayant pour effet le recouvrement du versement de 2010, y compris le remboursement des intérêts—Il s’agissait de savoir si c’est à bon droit que la Cour de l’impôt a conclu que la cotisation de 2015 était sans fondement statutaire—Les parties et la Cour de l’impôt ont estimé que la nouvelle cotisation de 2010 était invalide, car elle avait été établie plus de trois ans après l’établissement de la cotisation de 2003—Compte tenu de son invalidité, ils étaient convenus qu’elle ne pouvait remplacer la cotisation de 2003—L’art. 152(4) de la Loi habilite le ministre à « donner avis par écrit qu’aucun impôt n’est payable pour l’année »—C’est le pouvoir qui a été exercé pour l’établissement de la nouvelle cotisation de 2010—L’avis portant qu’aucun impôt n’est payable peut être délivré en tout temps, car la période de trois ans ne s’applique pas à cet avis—Une cotisation néant ne peut être l’objet d’un appel, mais elle n’est pas dépourvue d’effet juridique—Lorsqu’un avis portant qu’aucun impôt n’est payable est donné après une cotisation ou une nouvelle cotisation, comme en l’espèce, il remplace la cotisation antérieure et ramène à zéro l’« impôt payable » pour l’année d’imposition—En l’espèce, l’impôt payable par l’intimée pour l’année d’imposition 2003 a été fixé par la nouvelle cotisation de 2003 à la somme de 1 809 598 \$, qu’elle a payé lorsqu’elle a fait sa déclaration visant cette année d’imposition—L’établissement subséquent de la cotisation néant en 2010 a eu pour effet de faire passer le montant de l’impôt payable de la somme payée à zéro, de sorte qu’il y a eu un « paiement en trop » au sens où il est défini pour l’application de l’art. 164(7)b) de la Loi—La question qu’il fallait trancher était donc celle de savoir si le versement de 2010, effectué par suite de la cotisation néant, constituait un « remboursement » pour l’application de l’art. 164(1)a)(iii) de la Loi—Le législateur, en subordonnant le versement d’un remboursement à la délivrance préalable d’un avis de cotisation, sauf dans certains cas précis, vise à établir l’existence d’un « paiement en trop », qui est défini à l’art. 164(7) de la Loi—À cet égard, une cotisation néant a le même effet qu’une cotisation qui prélève un impôt et constitue une cotisation pour l’application de l’art. 164(1)a)(iii) de la Loi—Par conséquent, le versement de 2010 constituait un remboursement autorisé par l’art. 164(1)a)(iii) de la Loi—Il en découlait que les intérêts sur le remboursement versés par le ministre à l’intimée en 2010 pouvaient être recouverts en vertu de l’art. 164(3.1) de la Loi—Enfin, étant donné que le remboursement était autorisé par l’art. 164(1)a)(iii) de la Loi, partant, il était conforme à une disposition de la Loi et il s’ensuivait que les art. 160.1(1) et (3) étaient la cotisation de 2015—Il s’en est suivi que la prétention de l’intimée, selon laquelle la cotisation de 2015 n’avait pas été établie conformément à la Loi, a été rejetée, et la validité de cette cotisation confirmée—Appel accueilli.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Brar v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.)** ..... 419

Security Intelligence—*Secure Air Travel Act*—Preliminary determination of legal questions arising in underlying appeals from decisions of respondent Minister denying appellants' applications for administrative recourse under *Secure Air Travel Act* (SATA), s. 15, seeking removal of appellants as listed persons pursuant to SATA, s. 8—Appellants submitting notices of appeal asking Court to order removal of their names from list—Respondent filing redacted public appeal book for each appeal—Court ordering respondent on October 7, 2019, to file unredacted appeal book—Respondent withdrawing certain classified information while preparing unredacted appeal book—Court also appointing *amici curiae* on October 7, 2019, in response to inclusion of redacted information—Preliminary legal questions raised including: role of designated judge in appeal pursuant to SATA; role of *amici curiae* in *ex parte* proceedings, power thereof to cross-examine witnesses; whether designated judge, *amici curiae* allowed to see withdrawn information, reasons therefor; whether Federal Court, as superior court of record, should retain copy of withdrawn information; whether scheme under SATA, s. 16 allowing for *ex parte* hearing on merits of appeal—Designated judge's role in appeals under SATA that of "gatekeeper"—Having to ensure fair judicial process, assume robust, interventionist role—Role of judge not differing according to "phase" (disclosure or merits) of appeal—Judge having to assume "active", "non-deferential role" at all stages of proceedings—Role of *amicus curiae* to serve Court—*Amici curiae* herein not acting on behalf of appellants but rather representing their interests during *ex parte*, *in camera* portions of appeal—Role of *amici curiae* in appeals under SATA to assist Court in fulfilling its duties to ensure fairest judicial process possible—Cross-examination of witnesses essential component of *amici curiae*'s role—SATA not restricting *amici curiae* from seeing withdrawn information, reasons for withdrawal but requiring Court ensure confidentiality of that information—SATA permitting *ex parte*, *in camera* hearing on merits—Questions answered, order dated October 7, 2019, appointing *amici curiae* amended accordingly.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Brar c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.)** ..... 419

Renseignement de sécurité—*Loi sur la sûreté des déplacements aériens*—Décision préliminaire portant sur des questions de droit posées dans le cadre d'appels sous-jacents interjetés à l'encontre des décisions prises par le ministre intimé de rejeter les demandes de recours administratif présentées par les appelants en vertu de l'art. 15 de la *Loi sur la sûreté des déplacements aériens* pour faire radier leurs noms de la liste des personnes inscrites en application de l'art. 8 de la LSDA—Les appelants ont déposé des avis d'appel demandant à la Cour d'ordonner que leurs noms soient radiés de la liste—L'intimé a déposé pour chaque appel un dossier d'appel public caviardé—Le 7 octobre 2019, la Cour a ordonné que l'intimé dépose un dossier d'appel non caviardé—Pendant la préparation du dossier d'appel non caviardé, l'intimé a retiré certains renseignements confidentiels—En réponse à l'inclusion des renseignements caviardés, la Cour a également nommé des *amici curiae* dans une ordonnance datée du 7 octobre 2019—Des questions de droit préliminaires ont été soulevées, notamment : le rôle du juge désigné dans un appel interjeté sous le régime de la LSDA; le rôle des *amici curiae* dans le cadre de l'instance *ex parte* et la question de savoir s'ils ont le pouvoir de contre-interroger des témoins; la question de savoir si le juge désigné et les *amici curiae* sont autorisés à voir les renseignements retirés et informés des motifs pour lesquels ils ont été retirés; la question de savoir si la Cour fédérale, en tant que cour supérieure d'archives, devrait conserver une copie des renseignements retirés; et la question de savoir si le régime prévu à l'art. 16 de la LSDA autorise la tenue d'une audience *ex parte* sur le fond de l'appel—Le rôle du juge désigné dans un appel interjeté sous le régime de la LSDA est un rôle de « gardien »—Il doit veiller à la présence d'un processus équitable et joue un rôle vigoureux et interventionniste—Le rôle du juge ne diffère pas en fonction de l'« étape » (relative à la divulgation ou au fond) de l'appel—Le juge doit jouer un rôle « actif » et « [non empreint] de retenue » à toutes les étapes de l'instance—L'*amicus curiae* a pour rôle de servir la Cour—Les *amici curiae* dans la présente affaire n'agissaient pas pour le compte des appelants, mais ils représentaient leurs intérêts lors des parties *ex parte* et à huis clos d'un appel—Le rôle des *amici curiae* dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA consiste à aider la Cour à s'acquitter de ses obligations de garantir que le processus judiciaire est le plus équitable possible—La possibilité de contre-interroger les témoins est un élément essentiel du rôle des *amici curiae*—La LSDA n'empêche pas les *amici curiae* de consulter les renseignements retirés ou d'être informés de leur retrait, mais elle exige que la Cour en garantisse la confidentialité—Il est permis,

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Judges and Courts—*Secure Air Travel Act*—Role of designated judge—Respondent Minister denying appellants' applications for administrative recourse under *Secure Air Travel Act* (SATA), s. 15—Those applications seeking removal of appellants as listed persons pursuant to SATA, s. 8—Respondent filing redacted, unredacted appeal books for each appeal—Court appointing *amici curiae* in response to inclusion of redacted information—Preliminary legal question raised regarding role of designated judge in appeal pursuant to SATA—Designated judge's role in appeals under SATA that of “gatekeeper”—Overarching role that of arbiter between collective interest in national security, rights and freedoms of individuals—Overall judicial duty to reconcile tension created by these interests—Designated judge having to take all alternative measures available within limits of relevant statutory, inherent powers to give effect to individual's right to fair judicial process—Gatekeeper role allowing designated judge to appoint *amicus curiae*—Designated judge having to ensure fair judicial process, assume robust, interventionist role, different from that in conventional appeal or judicial review—Having duty to provide appellant, Minister with opportunity to be heard—Role not differing according to “phase” (disclosure or merits) of appeal—Judge having to assume “active”, “non-deferential role” at all stages of proceedings, test evidence presented by Minister throughout.

Practice—*Secure Air Travel Act*—Role of *amicus curiae*—Respondent Minister denying appellants' applications for administrative recourse under *Secure Air Travel Act* (SATA), s. 15—Those applications seeking removal of appellants as listed persons pursuant to SATA, s. 8—Respondent filing redacted, unredacted appeal books for each appeal—Withdrawing certain classified information while preparing unredacted appeal book—Court appointing *amici curiae* in response to inclusion of redacted information—Preliminary legal questions raised regarding: role of *amici curiae* in underlying *ex parte* proceedings; whether *amici curiae* having

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

sous le régime de la LSDA, de tenir une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond—Il a été répondu aux questions et l'ordonnance du 7 octobre 2019 nommant des *amici curiae* a été modifiée en conséquence.

Juges et Tribunaux—*Loi sur la sûreté des déplacements aériens*—Rôle du juge désigné—Le ministre intimé a rejeté les demandes de recours administratif présentées par les appelants en vertu de l'art. 15 de la *Loi sur la sûreté des déplacements aériens* (LSDA)—Ces demandes visaient à faire radier le nom des appelants de la liste des personnes inscrites en application de l'art. 8 de la LSDA—L'intimé a déposé pour chaque appel des dossiers d'appel caviardés et non caviardés—En réponse à l'inclusion des renseignements caviardés, la Cour a nommé des *amici curiae*—Une question de droit préliminaire a été soulevée concernant le rôle du juge désigné dans un appel interjeté sous le régime de la LSDA—Le rôle du juge désigné dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA est celui d'un « gardien »—Son rôle fondamental consiste à arbitrer le choc entre l'intérêt collectif à l'égard de la sécurité nationale et les droits et libertés des individus—L'obligation judiciaire générale du juge désigné consiste à concilier la tension entre ces intérêts—Le juge désigné est tenu de prendre toutes les mesures de rechange dont il dispose dans les limites de ses pouvoirs inhérents et législatifs pertinents pour donner effet au droit d'un individu à un processus judiciaire équitable—Le rôle général de gardien que le juge désigné joue lui permet de désigner un *amicus curiae*—Le juge désigné doit veiller à la présence d'un processus équitable et joue un rôle vigoureux et interventionniste, ce qui constitue une différence par rapport à l'appel ou à la demande de contrôle judiciaire classique—Il a l'obligation de donner à l'appelant et au ministre la possibilité d'être entendus—Le rôle du juge ne diffère pas en fonction de l'« étape » (volet relatif à la divulgation ou au fond) de l'appel—Le juge doit jouer un rôle « actif » et « [non empreint] de retenue » à toutes les étapes de l'instance et vérifier les éléments de preuve que présente le ministre tout au long de l'instance.

Pratique—*Loi sur la sûreté des déplacements aériens*—Rôle de l'*amicus curiae*—Le ministre intimé a rejeté les demandes de recours administratif présentées par les appelants en vertu de l'art. 15 de la *Loi sur la sûreté des déplacements aériens* (LSDA)—Ces demandes visaient à faire radier le nom des appelants de la liste des personnes inscrites en application de l'art. 8 de la LSDA—L'intimé a déposé pour chaque appel des dossiers d'appel caviardés et non caviardés—Pendant la préparation de ce dossier d'appel, il a retiré certains renseignements confidentiels—En réponse à l'inclusion des renseignements caviardés, la Cour a nommé des *amici curiae*—Des

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

power to cross-examine witnesses; whether *amici curiae* allowed to see withdrawn information, be informed of reasons for withdrawal—Role of *amicus curiae* is to serve Court—*Amicus curiae* not acting on behalf of appellants but rather representing their interests—Role of *amici curiae* in appeals under SATA to assist Court in fulfilling its duties to ensure the fairest judicial process possible—This requiring robust mandate from designated judge—*Amici curiae* representing interests of appellants regarding disclosure of information under SATA, regarding impact of this information on reasonableness of decision to keep appellants on SATA list—Assuming substantial role—Tasked with arguing unreasonableness of Minister's decision under appeal during *ex parte, in camera* portions of appeal—Role of *amici curiae* not analogous to that of special advocate—*Amici curiae* not tasked with protecting interests of appellants or assuming functions of appellants' counsel during *ex parte, in camera* proceedings—Duty of *amici curiae* always with Court, not appellants—Limits imposed on communication between *amici curiae*, appellants to minimize risk of disclosure—Designated judge having to secure confidential information or other evidence in least intrusive manner possible—Rigid limits on two-way communication between *amici curiae*, appellants not preferable over exercise of thoughtful discretion—This discretion preserved herein—*Amici curiae* having access to confidential information, other evidence herein—Participation of *amici curiae* in creation of summaries of confidential information vital—Cross-examination of witnesses essential component of *amici curiae*'s role but opportunity to cross-examine not absolute—*Amici curiae* allowed to see withdrawn information, reasons for withdrawal thereof.

Constitutional Law—Charter of Rights—Respondent Minister denying appellants' applications for administrative recourse under *Secure Air Travel Act* (SATA), s. 15—Those applications seeking removal of appellants as listed

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

questions de droit préliminaires ont été soulevées concernant : le rôle des *amici curiae* dans le cadre de l'instance *ex parte* sous-jacente; la question de savoir si les *amici curiae* ont le pouvoir de contre-interroger des témoins; la question de savoir si les *amici curiae* sont autorisés à voir les renseignements retirés et informés des motifs pour lesquels ils ont été retirés—L'*amicus curiae* a pour rôle de servir la Cour—Les *amici curiae* n'agissent pas pour le compte des appelants, mais ils représentent leurs intérêts—Le rôle des *amici curiae* dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA consiste à aider la Cour à s'acquitter de ses obligations de garantir que le processus judiciaire est le plus équitable possible—Il s'agit d'une obligation qui exige que le juge désigné joue un rôle vigoureux—Les *amici curiae* ont pour tâche de représenter les intérêts des appelants à l'égard des questions de divulgation de renseignements sous le régime de la LSDA et quant à l'effet qu'ont ces renseignements sur le caractère raisonnable de la décision de maintenir le nom des appelants sur la liste de la LSDA—Ils jouent un rôle important—Ils ont pour tâche de plaider le caractère déraisonnable de la décision du ministre qui est portée en appel pendant les volets *ex parte* et à huis clos de l'appel—Le rôle des *amici curiae* n'est pas analogue à celui d'un avocat spécial—Les *amici curiae* n'ont pas pour tâche de protéger les intérêts des appelants ou d'assumer les fonctions des avocats des appelants lors de l'instance *ex parte* et à huis clos—Leur devoir est toujours envers la Cour et non envers les appelants—Des limites sont imposées aux communications entre les *amici curiae* et les appelants de façon à réduire le plus possible les risques de divulgation—Le juge désigné doit chercher à sécuriser les renseignements ou les autres éléments de preuve confidentiels de la manière la moins intrusive possible—Il est préférable d'exercer un pouvoir discrétionnaire judicieux plutôt que d'imposer de strictes limites aux communications bilatérales entre les appelants et les *amici curiae*—Ce pouvoir discrétionnaire a été préservé dans la présente affaire—Les *amici curiae* ont eu accès aux renseignements et aux autres éléments de preuve confidentiels dans le cadre des présents appels—Il est indispensable que les *amici curiae* puissent prendre part à l'établissement des résumés des renseignements confidentiels—Le contre-interrogatoire des témoins est un élément essentiel du rôle des *amici curiae*, mais cette possibilité de procéder à un contre-interrogatoire n'est pas absolue—Les *amici curiae* sont autorisés à voir les renseignements qui ont été retirés et à prendre connaissance des raisons pour lesquelles ils l'ont été.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Le ministre intimé a rejeté les demandes de recours administratif présentées par les appelants en vertu de l'art. 15 de la *Loi sur la sûreté des déplacements aériens* (LSDA)—Ces demandes visaient

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

persons pursuant to SATA, s. 8—Minister maintaining appellants' status as listed persons under SATA following review of information—SATA engaging similar Charter rights as *Immigration and Refugee Protection Act*.

Construction of Statutes—Respondent Minister denying appellants' applications for administrative recourse under *Secure Air Travel Act* (SATA), s. 15—Those applications seeking removal of appellants as listed persons pursuant to SATA, s. 8—Minister maintaining appellants' status as listed persons under SATA following review of information—Findings made by Supreme Court in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)* under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) applicable to SATA's appeal scheme—IRPA, case law concerning IRPA may be drawn upon to facilitate interpreting SATA, appeal provisions.

## SOMMAIRE (Fin)

à faire radier le nom des appelants de la liste des personnes inscrites en application de l'art. 8 de la LSDA—À la suite d'un examen des renseignements, le ministre a maintenu le statut de personnes inscrites des appelants sous le régime de la LSDA—La LSDA met en cause des droits garantis par la Charte qui sont semblables à ceux que met en cause la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés.

Interprétation des lois—Le ministre intimé a rejeté les demandes de recours administratif présentées par les appelants en vertu de l'art. 15 de la *Loi sur la sûreté des déplacements aériens* (LSDA)—Ces demandes visaient à faire radier le nom des appelants de la liste des personnes inscrites en application de l'art. 8 de la LSDA—À la suite d'un examen des renseignements, le ministre a maintenu le statut de personnes inscrites des appelants sous le régime de la LSDA—Les conclusions tirées par la Cour suprême dans l'affaire *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* sous le régime de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) s'appliquent également au régime d'appel de la LSDA—La LIPR ainsi que la jurisprudence qui s'y rapporte peuvent servir à faciliter l'interprétation de la LSDA et de ses dispositions en matière d'appel.

## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Alexion Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2019 FC 734, [2019] 4 F.C.R. 418, has been reversed on appeal (A-237-19, 2021 FCA 157). The reasons for judgment, handed down July 29, 2021, will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Lopez Gaytan*, 2019 FC 1152, [2020] 2 F.C.R. 617, has been affirmed on appeal (A-392-19, 2021 FCA 163). The reasons for judgment, handed down August 5, 2021, will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Dionne v. Canada (Office of the Superintendent of Financial Institutions)*, 2019 FC 879, [2019] 4 F.C.R. 541, has been reversed on appeal (A-355-19, A-453-19, 2021 FCA 159). The reasons for judgment, handed down August 4, 2021, will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Mason v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 1251, [2020] 2 F.C.R. 3, has been reversed on appeal (A-415-19, A-37-20, 2021 FCA 156). The reasons for judgment, handed down July 29, 2021, will be published in the *Federal Courts Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

*Southwind v. Canada*, 2019 FCA 171, [2020] 1 F.C.R. 745, has been reversed on appeal (2021 SCC 28). The reasons for judgment, handed down July 16, 2021, will be published in the *Supreme Court Reports*.

*York University v. Canadian Copyright Licensing Agency (“Access Copyright”)*, 2020 FCA 77, [2020] 3 F.C.R. 515, has been affirmed on appeal (2021 SCC 32). The reasons for judgment, handed down July 30, 2021, will be published in the *Supreme Court Reports*.

#### *Applications for leave to appeal*

*Amgen Inc. v. Pfizer Canada ULC*, A-122-20, 2020 FCA 188, Stratas J.A., judgment dated November 3, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused July 8, 2021.

*Bergevin v. Canada*, A-48-20, 2021 FCA 9, Boivin J.A., judgment dated January 21, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused July 22, 2021.

*Buck v. Canada (Attorney General)*, A-186-20, 2021 FCA 1, Mactavish J.A., judgment dated January 13, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused July 15, 2021.

## APPELS NOTÉS

### COUR D’APPEL FÉDÉRALE

La décision *Alexion Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2019 CF 734, [2019] 4 R.C.F. 418, a été infirmée en appel (A-237-19, 2021 CAF 157). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 29 juillet 2021, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Lopez Gaytan*, 2019 CF 1152, [2020] 2 R.C.F. 617, a été confirmée en appel (A-392-19, 2021 FCA 163). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 7 août 2020, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Dionne c. Canada (Bureau du surintendant des institutions financières)*, 2019 CF 879, [2019] 4 R.C.F. 541, a été infirmée en appel (A-355-19, A-453-19, 2021 CAF 159). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 4 août 2021, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Mason c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 1251, [2020] 2 R.C.F. 3, a été infirmée en appel (A-415-19, A-37-20, 2021 CAF 156). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 29 juillet 2021, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

L’arrêt *Southwind c. Canada*, 2019 CAF 171, [2020] 1 R.C.F. 745, a été infirmé en appel (2021 CSC 28). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 16 juillet 2021, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

L’arrêt *York University c. Canadian Copyright Licensing Agency (“Access Copyright”)*, 2020 CAF 77, [2020] 3 R.C.F. 515, a été confirmé en appel (2021 CSC 32). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 30 juillet 2021, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

#### *Demandes d’autorisation de pourvoi*

*Amgen Inc. c. Pfizer Canada ULC*, A-122-20, 2020 CAF 188, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 3 novembre 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 8 juillet 2021.

*Bergevin c. Canada*, A-48-20, 2021 CAF 9, le juge Boivin, J.C.A., jugement en date du 21 janvier 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 22 juillet 2021.

*Buck c. Canada (Procureur général)*, A-186-20, 2021 CAF 1, la juge Mactavish, J.C.A., jugement en date du 13 janvier 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 15 juillet 2021.



## II

## APPEALS NOTED

*McCain Foods Limited v. J.R. Simplot Company*, A-482-19, A-486-19, 2021 FCA 4, Locke J.A., judgment dated January 14, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused July 8, 2021.

*McCain Foods Limited c. J.R. Simplot Company*, A-482-19, A-486-19, 2021 CAF 4, le juge Locke, J.C.A., jugement en date du 14 janvier 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 8 juillet 2021.

**Federal Courts  
Reports**

**2020, Vol. 4, Part 2**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2020, Vol. 4, 2<sup>e</sup> fascicule**



A-362-16  
2020 FCA 127

A-362-16  
2020 CAF 127

**Salt Canada Inc.** (*Appellant*)

**Salt Canada Inc.** (*appelante*)

v.

c.

**John W. Baker** (*Respondent*)

**John W. Baker** (*intimé*)

**INDEXED AS: SALT CANADA INC. v. BAKER**

**RÉPERTORIÉ : SALT CANADA INC. c. BAKER**

Federal Court of Appeal, Stratas, Near and Woods J.J.A.—Toronto, January 10, 2018; Ottawa, July 28, 2020.

Cour d'appel fédérale, les juges Stratas, Near et Woods, J.C.A.—Toronto, 10 janvier 2018; Ottawa, 28 juillet 2020.

*Patents — Appeal from Federal Court decision dismissing appellant's application for order directing Commissioner of Patents to vary records of Patent Office to reflect it as owner of Canadian Patent No. 2222058 ('058 patent) — Original owner of '058 patent signing agreement in 2010 conceding respondent owner of patent — Agreement containing several conditions including payment of royalties — Respondent ceasing payment of royalties — Refusing to assign patent back to original owner contrary to agreement — Original owner subsequently signing agreement with appellant, assigning patent rights thereto — Whether Federal Court having statutory jurisdiction to decide application before it under Patent Act, s. 52 — Federal Court having jurisdiction to vary or expunge title to patent as reflected in records of Patent Office — Pursuant to Kellogg Company v. Kellogg, Federal Court can interpret contracts between private citizens as long as done under sphere of federal jurisdiction vested in Federal Court — Lawthier v. 424470 B.C. Ltd., on which basis Federal Court declining jurisdiction herein, incorrectly decided — Lawthier approach going against purpose of Patent Act, s. 52, Federal Courts Act generally — When dealing with Patent Act, s. 52 application, Federal Court free to carry out task thereunder even if it involves interpreting agreements, other instruments — Federal Court empowered to direct Patent Office to vary its records — Commissioner of Patents directed to vary entry in records, list appellant as owner of '058 patent — Appeal allowed.*

*Brevets — Appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande présentée par l'appelante en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant au commissaire aux brevets de modifier les registres du Bureau des brevets afin de tenir compte du fait qu'elle est la propriétaire du brevet canadien n° 2222058 (brevet '058) — Le propriétaire original du brevet '058 a signé une entente en 2010 qui reconnaissait que l'intimé était propriétaire du brevet — L'entente contenait un certain nombre de conditions, notamment le paiement des redevances — L'intimé a cessé de payer les redevances — Il a refusé de rétrocéder le brevet au propriétaire original, contrairement à l'entente — Le propriétaire original a par la suite signé une entente avec l'appelante visant à céder à cette dernière les droits sur le brevet — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale avait la compétence que lui confère la loi pour trancher la demande dont elle était saisie, fondée sur l'art. 52 de la Loi sur les brevets — La Cour fédérale est compétente pour ordonner la modification ou la radiation du titre à un brevet, tel qu'il figure dans les registres du Bureau des brevets — Conformément à l'arrêt Kellogg Company c. Kellogg, la Cour fédérale peut interpréter des contrats entre particuliers pour autant que cette interprétation soit faite dans l'exercice d'une compétence fédérale conférée à la Cour fédérale — La conclusion tirée dans la décision Lawthier c. 424470 B.C. Ltd., sur le fondement de laquelle la Cour fédérale a décliné sa compétence, était mal fondée — L'approche adoptée dans la décision Lawthier va à l'encontre de l'objet de l'art. 52 de la Loi sur les brevets et, de façon générale, de la Loi sur les Cours fédérales — Lorsqu'il est question d'une demande fondée sur l'art. 52 de la Loi sur les brevets, la Cour fédérale est libre d'exécuter la tâche que le législateur lui a confiée, même si la Cour doit interpréter des ententes ou d'autres instruments — La Cour fédérale était habilitée à ordonner au Bureau des brevets de modifier ses registres — Il a été ordonné au commissaire aux brevets de modifier l'inscription dans les registres pour y inscrire l'appelante comme propriétaire du brevet '058 — Appel accueilli.*

*Federal Court Jurisdiction — Federal Court dismissing appellant’s application for order directing Commissioner of Patents to vary records of Patent Office to reflect it as owner of Canadian Patent No. 2222058 (‘058 patent) — Whether Federal Court having statutory jurisdiction to decide application before it under Patent Act, s. 52 — Respondent submitting that in application like present one, Federal Court engaged in interpretation of agreements, such interpretation exclusive function of superior courts — Interpretation of agreements not exclusively function of superior courts — Pursuant to Kellogg Company v. Kellogg, Federal Court can interpret contracts between private citizens as long as done under sphere of valid federal jurisdiction vested in Federal Court — Lawthier v. 424470 B.C. Ltd., on which basis Federal Court declining jurisdiction herein, incorrectly decided, contrary to Kellogg — Bounds of Federal Court’s jurisdiction not resting on whether something “primarily a case in contract” or whether contractual interpretation will “dictate” end result — Parliament does not set fuzzy tests for jurisdiction but rather adopts more certain, brighter lines — Lawthier approach going against purpose of Patent Act, s. 52, Federal Courts Act generally — Federal Courts empowered to resolve contractual disputes arising within their jurisdiction.*

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellant’s application for an order directing the Commissioner of Patents to vary the records of the Patent Office to reflect it as owner of Canadian Patent No. 2222058 (‘058 patent).

The original owner and inventor of the ‘058 patent signed an agreement in 2010 that conceded the respondent was the owner of the patent. The agreement incorporated a reversionary clause found in a 2007 agreement. Under that 2007 agreement, there were a number of conditions that, if breached, required the reassignment of the patent to the original owner. One was the continued payment of royalties. The respondent made his last royalty payment in 2011. Thus, the original owner asked for the assignment of the patent to him, which the respondent refused. In 2015, the original owner signed an agreement with the appellant, assigning the rights to the patent to the appellant. The original owner prepared a reassignment to remove the respondent as registered owner of the patent, but the respondent never signed it. The respondent submitted, *inter alia*, that in an application like this, the Federal Court is engaged in the interpretation of agreements and this is an exclusive function of the superior courts.

*Compétence de la Cour fédérale — La Cour fédérale a rejeté une demande présentée par l’appelante en vue d’obtenir une ordonnance enjoignant au commissaire aux brevets de modifier les registres du Bureau des brevets afin de tenir compte du fait qu’elle est la propriétaire du brevet canadien n° 2222058 (brevet ‘058) — Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale avait la compétence que lui confère la loi pour trancher la demande dont elle était saisie, fondée sur l’art. 52 de la Loi sur les brevets — L’intimé a soutenu que, dans le contexte d’une telle demande, la Cour fédérale interprète des ententes, et qu’il s’agit du ressort exclusif des cours supérieures — L’interprétation d’ententes n’est pas du ressort exclusif des cours supérieures — Conformément à l’arrêt Kellogg Company c. Kellogg, la Cour fédérale peut interpréter des contrats entre particuliers pour autant que cette interprétation soit faite dans l’exercice d’une compétence fédérale valide conférée à la Cour fédérale — La conclusion tirée dans la décision Lawthier c. 424470 B.C. Ltd., sur le fondement de laquelle la Cour fédérale a décliné sa compétence, était mal fondée, et elle contredit l’arrêt Kellogg — Les limites de la compétence de la Cour fédérale ne reposent pas sur l’exercice nébuleux consistant à déterminer s’il s’agit « principalement [...] d’un différend contractuel » ou si l’interprétation contractuelle permettra de « déterminer » le résultat final — Le législateur n’établit pas des critères de compétence confus, mais adopte plutôt plus de lignes claires — L’approche adoptée dans la décision Lawthier va à l’encontre de l’objet de l’art. 52 de la Loi sur les brevets et, de façon générale, de la Loi sur les Cours fédérales — Lorsqu’elles sont saisies de différends contractuels, les Cours fédérales sont habilitées à régler ces différends.*

Il s’agissait d’un appel d’une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande présentée par l’appelante en vue d’obtenir une ordonnance enjoignant au commissaire aux brevets de modifier les registres du Bureau des brevets afin de tenir compte du fait qu’elle est la propriétaire du brevet canadien n° 2222058 (brevet ‘058).

Le propriétaire original et l’inventeur du brevet ‘058 a signé une entente en 2010 qui reconnaissait que l’intimé était propriétaire du brevet. L’entente a intégré une clause réversive figurant dans une entente de 2007. Selon un certain nombre de conditions prévues à l’entente de 2007, en cas de non-respect, le brevet serait rétrocédé au propriétaire original. L’une de ces conditions était le paiement continu des redevances. L’intimé a effectué son dernier paiement de redevances en 2011. Ainsi, le propriétaire original a demandé que lui soit cédé le brevet, ce que l’intimé a refusé de faire. En 2015, le propriétaire original a signé une entente avec l’appelante visant à céder à cette dernière les droits sur le brevet. Le propriétaire original a préparé un document de rétrocession pour retirer le nom de l’intimé à titre de propriétaire inscrit du brevet, mais l’intimé ne l’a jamais signé. L’intimé a soutenu notamment que, dans le contexte d’une telle demande, la Cour fédérale interprète des ententes, et qu’il s’agit du ressort exclusif des cours supérieures.

At issue was whether the Federal Court had the statutory jurisdiction to decide the application before it under section 52 of the *Patent Act*.

*Held*, the appeal should be allowed.

A consideration of context and purpose confirms the plain meaning of the words of section 52 of the *Patent Act*: the Federal Court has the jurisdiction to vary or expunge the title to a patent as reflected in the records of the Patent Office. The power given under section 52 is a judicial one, to determine issues of title to a patent. Quite appropriately, that judicial power has been given to the Federal Court, not the Patent Office. The interpretation of agreements is not exclusively a function of the superior courts. In the course of exercising their jurisdiction, the Federal Courts frequently determine questions that require agreements to be interpreted. Contractual interpretation surfaces in almost all of the Federal Courts' jurisdictional pockets. Pursuant to *Kellogg Company v. Kellogg*, the Federal Court can interpret contracts between private citizens as long as it is done under a sphere of valid federal jurisdiction vested in the Federal Court. In the case at bar, the Federal Court declined jurisdiction based on its decision in *Lawthier v. 424470 B.C. Ltd.* This case was incorrectly decided and is contrary to *Kellogg*. In *Lawthier*, the Court declined jurisdiction because it was "primarily a case in contract" where "patent issues [were] ancillary" and contractual determinations would "dictate ownership of the patent". Nowhere in *Kellogg* does the inquiry depend on whether contracts will "dictate" ownership. The bounds of the Federal Court's jurisdiction do not rest on the nebulous exercise of assessing whether something is "primarily a case in contract" or whether contractual interpretation will "dictate" the end result. Parliament does not set fuzzy tests for jurisdiction but rather adopts more certain, brighter lines. Courts should analyze jurisdictional issues with that front of mind. The *Lawthier* approach would render the Federal Courts entirely dependent on provincial courts in many cases. Such an approach is against the purpose of section 52 of the *Patent Act* and the *Federal Courts Act* generally. Where contractual disputes arise within their jurisdiction, the Federal Courts are empowered to resolve these disputes just as any other court does. And when dealing with an application under section 52 of the *Patent Act*, the Federal Court remains free to carry out the task Parliament has given to it even if that involves interpreting agreements and other instruments. The Federal Court has a general "superintending jurisdiction" in relation to federal boards and commissions, such as the Patent Office. A provision empowering the Federal Court to direct the Patent Office to vary its records is squarely within that federal superintending jurisdiction.

Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale avait la compétence que lui confère la loi pour trancher la demande dont elle était saisie, fondée sur l'article 52 de la *Loi sur les brevets*.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

L'examen du contexte et de l'objet confirme le sens ordinaire des termes de l'article 52 de la *Loi sur les brevets* : la Cour fédérale est compétente pour ordonner la modification ou la radiation du titre à un brevet, tel qu'il figure dans les registres du Bureau des brevets. Le pouvoir conféré par l'article 52 est un pouvoir judiciaire qui vise à trancher les questions portant sur la propriété des brevets. À juste titre, ce pouvoir judiciaire a été conféré à la Cour fédérale, et non au Bureau des brevets. L'interprétation d'ententes n'est pas du ressort exclusif des cours supérieures. Lorsqu'elles exercent leur compétence, il arrive souvent que les Cours fédérales se prononcent sur des questions qui requièrent l'interprétation d'ententes. Les Cours fédérales interprètent des contrats dans presque tous leurs domaines de compétence. Conformément à l'arrêt *Kellogg Company c. Kellogg*, la Cour fédérale peut interpréter des contrats entre particuliers pour autant que cette interprétation soit faite dans l'exercice d'une compétence fédérale valide conférée à la Cour fédérale. En l'espèce, la Cour fédérale a décliné sa compétence en se fondant sur le jugement qu'elle a rendu dans la décision *Lawthier c. 424470 B.C. Ltd.* La conclusion tirée dans cette décision a été mal fondée et elle contredit l'arrêt *Kellogg*. Dans la décision *Lawthier*, la Cour a décliné sa compétence parce qu'il s'agissait « principalement [...] d'un différend contractuel » où « les questions relatives au brevet [étaient] secondaires » et que c'est en tranchant ce point contractuel qu'il serait possible de « déterminer la propriété du brevet ». Nulle part dans l'arrêt *Kellogg* n'est-il question de savoir si les contrats permettront de « déterminer » la propriété du brevet. Les limites de la compétence de la Cour fédérale ne reposent pas sur l'exercice nébuleux consistant à déterminer s'il s'agit « principalement [...] d'un différend contractuel » ou si l'interprétation contractuelle permettra de « déterminer » le résultat final. Le législateur n'établit pas des critères de compétence confus, mais adopte plutôt plus de lignes claires. Les tribunaux devraient analyser les questions de compétence en tenant compte de ces considérations. L'approche adoptée dans la décision *Lawthier* aurait pour effet de rendre les Cours fédérales entièrement dépendantes des cours provinciales dans bien des cas. Une telle approche va à l'encontre de l'objet de l'article 52 de la *Loi sur les brevets* et, de façon générale, de la *Loi sur les Cours fédérales*. Lorsqu'elles sont saisies de différends contractuels, les Cours fédérales sont habilitées à régler ces différends, tout comme n'importe quel autre tribunal. Et lorsqu'il est question d'une demande fondée sur l'article 52 de la *Loi sur les brevets*, la Cour fédérale est libre d'exécuter la tâche que le législateur lui a confiée, même si la Cour doit interpréter des ententes ou d'autres instruments. La Cour fédérale a un « pouvoir de surveillance » général sur les commissions et offices

The judgment of the Federal Court in the present matter was set aside and the Commissioner of Patents was directed to vary the entry in the records to list the appellant as the owner of the '058 patent.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

Bill C-38, *Act to Amend the Federal Court Act, The Crown Liability Act, the Supreme Court Act and other Acts in Consequence thereof*, S.C. 1990, c. 8.  
*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], s. 101.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 17(2)(b), 20, 22(1), 26, 27(1.1), 50.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, Tariff B, Column III.  
*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 40, 41, 52.  
*Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Kellogg Company v. Kellogg*, [1941] S.C.R. 242, [1941] 2 D.L.R. 545; *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2016 FCA 161, 400 D.L.R. (4th) 723.

##### OVERRULED:

*Lawthier v. 424470 B.C. Ltd.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 510, 95 F.T.R. 81 (F.C.T.D.).

##### CONSIDERED:

*Clopay Corporation and Canadian General Tower Ltd. v. Metalix Ltd.* (1960), 34 C.P.R. 232, 20 Fox Pat. C. 110 (Ex. Ct.), aff'd (1961), 39 C.P.R. 23, 22 Fox Pat. C. 2 (S.C.C.); *Titan Linkabit Corp. v. S.E.E. See Electronic Engineering Inc.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 469, 58 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31; *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585.

fédéraux, comme le Bureau des brevets. Une disposition habilitant la Cour fédérale à ordonner au Bureau des brevets de modifier ses registres relève directement du pouvoir de surveillance d'une cour dont la compétence est d'ordre fédéral.

La décision de la Cour fédérale dans la présente affaire a été annulée et il a été ordonné au commissaire aux brevets de modifier l'inscription dans les registres pour y inscrire l'appelante comme propriétaire du brevet '058.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*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 sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2.  
*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 40, 41, 52.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 17(2)(b), 20, 22(1), 26, 27(1.1), 50.  
 Projet de loi C-38, *la Loi modifiant la Loi sur la Cour fédérale, la Loi sur la responsabilité de l'État, la Loi sur la Cour suprême et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1990, ch. 8.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, tarif B, colonne III.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Kellogg Company v. Kellogg*, [1941] R.C.S. 242; *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2016 CAF 161.

##### DÉCISION ÉCARTÉE :

*Lawthier c. 424470 B.C. Ltd.*, [1995] A.C.F. n° 549 (QL) (1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Clopay Corporation and Canadian General Tower Ltd. v. Metalix Ltd.* (1960), 34 C.P.R. 232, 20 Fox Pat. C. 110 (C. de l'É.), conf. par (1961), 39 C.P.R. 23, 22 Fox Pat. C. 2 (C.S.C.); *Titan Linkabit Corp. v. S.E.E. See Electronic Engineering Inc.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 469, 58 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31; *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585.

## REFERRED TO:

*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Entertainment Software Association v. Society Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2020 FCA 100; *Apotex Inc. v. Allergan, Inc.*, 2016 FCA 155, 399 D.L.R. (4th) 549; *Beam Suntory Inc. v. Domaines Pinnacle Inc.*, 2016 FCA 212, 487 N.R. 270; *Apotex Inc. v. ADIR*, 2017 FCA 23, 406 D.L.R. (4th) 572; *Canada (Office of the Information Commissioner) v. Calian Ltd.*, 2017 FCA 135, 414 D.L.R. (4th) 165; *Canada v. Agnico-Eagles Mines Limited*, 2016 FCA 130, 483 N.R. 92; *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2015 FCA 257, 480 N.R. 217; *Urquhart v. Canada*, 2016 FCA 76, 482 N.R. 31; *Leuthold v. Canadian Broadcasting Corporation*, 2014 FCA 173, [2015] 3 F.C.R. 760, 462 N.R. 181; *Toronto Real Estate Board v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2017 FCA 236, [2018] 3 F.C.R. 563; *Murphy v. Amway Canada Corporation*, 2013 FCA 38, [2014] 3 F.C.R. 478, 443 N.R. 356; *ITO-Int. Terminal Operators v. Miida Electronics*, [1986] 1 S.C.R. 752, (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; *AK Steel Corporation v. Acelormittal Mines Canada Inc.*, 2014 FC 118, 447 F.T.R. 134, affd 2014 FCA 287, 466 N.R. 159; *Offshore Interiors Inc. v. Sargeant*, 2015 FCA 46, 467 N.R. 355; *Burin Peninsula Marine Service Centre v. Forsey*, 2015 FCA 216, 476 N.R. 183; *Unilux Manufacturing Co. v. Miller* (1994), 55 C.P.R. (3d) 199 (F.C.T.D.); *Safematic, Inc. v. Sensodec Oy* (1988), 21 C.P.R. (3d) 12, 20 C.I.P.R. 143 (F.C.T.D.); *R.W. Blacktop Ltd. v. Artec Equipment Co.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 432, 50 F.T.R. 225 (F.C.T.D.); *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.*, 2002 FCT 1007, 21 C.P.R. (4th) 360; *Tommy Hilfiger Licensing, Inc. v. 2970-0085 Quebec Inc.* (2000), 6 C.P.R. (4th) 374, 2000 CanLII 14768 (F.C.T.D.); *Alchem Capital Corporation v. Nautilus Plus Inc.*, 1998 CanLII 8545 (F.C.T.D.); *Innotech Pty. Ltd. v. Phoenix Rotary Spike Harrows Ltd.* (1997), 74 C.P.R. (3d) 275, 215 N.R. 397 (F.C.A.); *Possian v. Canadian Olympic Association* (1996), 74 C.P.R. (3d) 509, [1996] F.C.J. No. 1555 (QL) (T.D.); *Kane v. Hooper* (1996), 68 C.P.R. (3d) 267, at page 272, 113 F.T.R. 292 (F.C.T.D.); *Asse International, Inc. v. Svenska Statens Språkresor, AB* (1996), 70 C.P.R. (3d) 222, 119 F.T.R. 208 (F.C.T.D.); *R.L.P. Machine & Steel Fabrication Inc. v. Ditullio*, 2001 FCT 245, 12 C.P.R. (4th) 15; *Axia Inc. v. Northstar Tool Corp.*, 2005 FC 573, 39 C.P.R. (4th) 299; *Hupacasath First Nation v. Canada (Foreign Affairs and International Trade Canada)*, 2015 FCA 4, 379 D.L.R. (4th) 737; *Steel v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 153, [2011] 1 F.C.R. 143; *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1989] 2 F.C. 562 (1988), 55 D.L.R. (4th) 618 (C.A.); *Peel (Regional Municipality) v. Ontario* (1990), 1 O.R. (3d) 97, 75 D.L.R. (4th) 523 (C.A.); *McNamara Construction et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654, (1977), 75 D.L.R. (3d) 273;

## DÉCISIONS CITÉES :

*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2020 CAF 100; *Apotex Inc. c. Allergan, Inc.*, 2016 CAF 155; *Beam Suntory Inc. c. Domaines Pinnacle Inc.*, 2016 CAF 212; *Apotex Inc. c. ADIR*, 2017 CAF 23; *Canada (Commissariat à l'information) c. Calian Ltd.*, 2017 CAF 135; *Canada c. Agnico-Eagles Mines Limited*, 2016 CAF 130; *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2015 CAF 257; *Urquhart c. Canada*, 2016 CAF 76; *Leuthold c. Société Radio-Canada*, 2014 CAF 173, [2015] 3 R.C.F. 760; *Toronto Real Estate Board c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2017 CAF 236, [2018] 3 R.C.F. 563; *Murphy c. Amway Canada Corporation*, 2013 CAF 38, [2014] 3 R.C.F. 478; *ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752; *AK Steel Corporation c. Acelormittal Mines Canada Inc.*, 2014 CF 118, conf. par 2014 CAF 287; *Offshore Interiors Inc. c. Sargeant*, 2015 CAF 46; *Burin Peninsula Marine Service Centre c. Forsey*, 2015 CAF 216; *Unilux Manufacturing Co. c. Miller*, [1994] A.C.F. n° 428 (QL) (1<sup>re</sup> inst.); *Safematic, Inc. v. Sensodec Oy* (1988), 21 C.P.R. (3d) 12, 20 C.I.P.R. 143 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *R.W. Blacktop Ltd. c. Artec Equipment Co.*, [1991] A.C.F. n° 1046 (QL) (1<sup>re</sup> inst.); *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, 2002 CFPI 1007; *Tommy Hilfiger Licensing, Inc. c. 2970-0085 Quebec Inc.*, 2000 CanLII 14768 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Alchem Capital Corporation c. Nautilus Plus Inc.*, 1998 CanLII 8545 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Innotech Pty Ltd. c. Phoenix Rotary Spike Harrows Ltd.*, [1997] A.C.F. n° 855 (QL) (C.A.); *Possian c. Association Olympique Canadienne*, [1996] A.C.F. n° 1555 (QL) (1<sup>re</sup> inst.); *Kane c. Hooper*, [1996] A.C.F. n° 769 (QL) (1<sup>re</sup> inst.); *Asse International, Inc. c. Svenska Statens Språkresor, AB*, [1996] A.C.F. n° 861 (QL) (1<sup>re</sup> inst.); *R.L.P. Machine & Steel Fabrication Inc. c. Ditullio*, 2001 CFPI 245; *Axia Inc. c. Northstar Tool Corp.*, 2005 CF 573; *Première Nation des Hupacasath c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2015 CAF 4; *Steel c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 153, [2013] 1 R.C.F. 143; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1989] 2 C.F. 562 (C.A.); *Peel (Regional Municipality) v. Ontario* (1990), 1 O.R. (3d) 97, 75 D.L.R. (4th) 523 (C.A.); *McNamara Construction et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; *Hutchingame Growth Capital Corporation c. Dayton Boot Co. Enterprises Ltd.*, 2019 CAF 152; *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, 2001 CSC 90, [2001] 3 R.C.S. 907; *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.



*Hutchingame Growth Capital Corporation v. Dayton Boot Co. Enterprises Ltd.*, 2019 FCA 152, 52 Admin. L.R. (6th) 1; *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, 2001 SCC 90, [2001] 3 S.C.R. 907; *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193.

## AUTHORS CITED

Bushnell, Ian. *The Federal Court of Canada: A History, 1875–1992*, Toronto: University of Toronto Press, 1997.

Canada. Parliament. *House of Commons Debates*, 28th Parl., 2nd Sess. (March 25, 1970).

Canada. Parliament. House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-38*, 34th Parl., 2nd Sess., Issue No. 1 (November 23, 1989).

Canada. Parliament. House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-38*, 34th Parl., 2nd Sess., Issue No. 6 (December 19, 1989).

Canada. Parliament. House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-38*, 34th Parl., 2nd Sess., Issue No. 7 (January 1, 1990).

Crane, Brian Q.C., “Jurisdiction of the Federal Court” Paper delivered at Federal Court of Canada 20th Anniversary Symposium, 26 June 1991, published in *The Federal Court of Canada – An Evaluation*, Ottawa: Federal Court of Canada, 1991.

Dawson, Mary E. Q.C., “Bill C-38: Some Reforms for the Federal Court of Canada” Paper delivered at Federal Court of Canada 20th Anniversary Symposium, 26 June 1991, published in *The Federal Court of Canada – An Evaluation*, Ottawa: Federal Court of Canada, 1991.

Mullan, David J. “The *Federal Courts Act* and Federal Jurisdiction”, (Paper delivered at Federal Court of Appeal and Federal Court Education Seminar: The Jurisdiction of the Federal Courts, 27–28 October 2011, Ottawa, Ont.

Turner, John N. “The Origin and Mission of the Federal Court of Canada” Paper delivered at Federal Court of Canada 20th Anniversary Symposium, 26 June 1991, published in *The Federal Court of Canada – An Evaluation*, Ottawa: Federal Court of Canada, 1991.

## DOCTRINE CITÉE

Bushnell, Ian. *The Federal Court of Canada : A History, 1875–1992*, Toronto : University of Toronto Press, 1997.

Canada. Parlement. *Débats de la Chambre des communes*, 28<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess. (25 mars 1970).

Canada. Parlement. Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-38*, 34<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., fascicule n<sup>o</sup> 1 (23 novembre 1989).

Canada. Parlement. Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-38*, 34<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., fascicule n<sup>o</sup> 6 (19 décembre 1989).

Canada. Parlement. Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-38*, 34<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., fascicule n<sup>o</sup> 7 (1<sup>er</sup> janvier 1990).

Crane, Brian c.r., « Jurisdiction of the Federal Court » exposé présenté au cours du symposium organisé à l’occasion du 20<sup>e</sup> anniversaire de la Cour fédérale du Canada, le 26 juin 1991, publié dans *La Cour fédérale du Canada – une évaluation*. Ottawa : Cour fédérale du Canada, 1991.

Dawson, Mary E. c.r., « Bill C-38 : Some Reforms for the Federal Court of Canada » Exposé présenté au cours du symposium organisé à l’occasion du 20<sup>e</sup> anniversaire de la Cour fédérale du Canada, le 26 juin 1991, publié dans *La Cour fédérale du Canada – une évaluation*, Ottawa : Cour fédérale du Canada, 1991.

Mullan, David J. « La Loi sur les Cours fédérales et la compétence fédérale » Colloque de formation de la Cour fédérale et de la Cour d’appel fédérale : la compétence des Cours fédérales, les 27 et 28 octobre 2011, Ottawa, Ontario.

Turner, John N. “The Origin and Mission of the Federal Court of Canada” exposé présenté au cours du symposium organisé à l’occasion du 20<sup>e</sup> anniversaire de la Cour fédérale du Canada, le 26 juin 1991, publié dans *La Cour fédérale du Canada – une évaluation*, Ottawa : Cour fédérale du Canada, 1991.

APPEAL from a Federal Court decision (2016 FC 830, 140 C.P.R. (4th) 213) dismissing the appellant's application for an order directing the Commissioner of Patents to vary the records of the Patent Office to reflect it as owner of Canadian Patent No. 2222058. Appeal allowed.

## APPEARANCES

*Peter Wells* for appellant.  
*James T. Swanson* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*McMillan LLP*, Toronto, for appellant.  
*Miller Thomson LLP*, Calgary, for respondent.

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

[1] STRATAS J.A.: This is an appeal from the judgment of the Federal Court (*per* Boswell J.): 2016 FC 830, 140 C.P.R. (4th) 213. The Federal Court dismissed an application brought by the appellant for an order directing the Commissioner of Patents to vary the records of the Patent Office to reflect it as owner of Canadian Patent No. 2222058.

[2] The Federal Court held that it did not have jurisdiction over the application. In its view, the application required it to adjudicate a contractual dispute, a matter reserved exclusively to the provincial superior courts.

[3] In my view, this was in error. As will be seen, the Federal Court has been given the express jurisdiction to make the order sought in this area—one involving the title to patents and the Federal Court's role in superintending the Patent Office. The fact that agreements and other commercial instruments need to be construed and interpreted as part of the exercise of jurisdiction—as, for example, in the case of the Court's jurisdiction over appeals in federal taxation matters—does not eliminate that

APPEL d'une décision par laquelle la Cour fédérale (2016 CF 830) a rejeté une demande présentée par l'appelante en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant au commissaire aux brevets de modifier les registres du Bureau des brevets afin de tenir compte du fait qu'elle est la propriétaire du brevet canadien n° 2222058. Appel accueilli.

## ONT COMPARU :

*Peter Wells* pour l'appelante.  
*James T. Swanson* pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*McMillan LLP*, Toronto, pour l'appelante.  
*Miller Thomson LLP*, Calgary, pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : L'appelante interjette appel de la décision rendue par la Cour fédérale (le juge Boswell) dans le dossier 2016 CF 830. La Cour fédérale a rejeté une demande présentée par l'appelante en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant au commissaire aux brevets de modifier les registres du Bureau des brevets afin de tenir compte du fait qu'elle est la propriétaire du brevet canadien n° 2222058.

[2] La Cour fédérale a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour instruire la demande. Cette Cour était d'avis que la nature même de la demande nécessitait qu'elle soit examinée en tant que différend contractuel, une affaire réservée exclusivement aux cours supérieures provinciales.

[3] Selon moi, il s'agit là d'une erreur. Comme nous le verrons, la Cour fédérale s'est vu conférer la compétence expresse de rendre l'ordonnance demandée en la matière, soit une ordonnance portant sur la propriété des brevets, ainsi qu'un rôle de surveillance du Bureau des brevets. Le fait que des ententes et d'autres effets de commerce doivent être interprétés dans l'exercice de sa compétence, comme, par exemple, dans le cas de sa compétence pour entendre les appels en matière fiscale

jurisdiction. Interpreting agreements and other commercial instruments is not the exclusive preserve of provincial superior courts.

[4] Thus, for the reasons that follow, I would reverse the judgment of the Federal Court and allow the appellant's application with costs here and below.

[5] The *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, section 26 provides that the Federal Court has "original jurisdiction in respect of any matter" in which "jurisdiction has been conferred by an Act of Parliament on ... the Federal Court". Before the Federal Court was an application made under section 52 of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, an Act of Parliament. Section 52 of the *Patent Act* provides that the "Federal Court has jurisdiction ... to order that any entry in the records of the Patent Office relating to the title to a patent be varied or expunged". The application before the Federal Court sought just that. On the plain language of section 26 of the *Federal Courts Act* and section 52 of the *Patent Act*, the Federal Court had jurisdiction over the appellant's application.

[6] The respondent and the Federal Court suggest that section 20 of the *Federal Courts Act* concerning the jurisdiction of the Federal Courts over certain forms of intellectual property is somehow relevant to the statutory jurisdiction of the Federal Court in this matter. Arguably, it has no relevance whatsoever. This matter does not arise and has nothing to do with section 20 of the *Federal Courts Act*.

[7] Section 52 of the *Patent Act* must be given its authentic meaning in accordance with its text, viewed in light of its context and purpose: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559 and *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10; and in this Court see *Entertainment Software Association v. Society Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2020 FCA 100 and cases cited therein at paragraph 39.

fédérale, n'a pas pour effet d'écartier cette compétence. L'interprétation d'ententes et d'autres effets de commerce n'est pas l'apanage exclusif des cours supérieures provinciales.

[4] Par conséquent, pour les motifs qui suivent, j'infirmerais le jugement rendu par la Cour fédérale et j'accueillerais la demande de l'appelante avec dépens pour la présente instance et pour l'instance inférieure.

[5] L'article 26 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, dispose que la Cour fédérale a « compétence, en première instance, pour toute question ressortissant aux termes d'une loi fédérale [...] à la Cour fédérale ». Une demande a été présentée à la Cour fédérale en application de l'article 52 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, une loi fédérale. Selon l'article 52 de la *Loi sur les brevets*, « [l]a Cour fédérale est compétente [...] pour ordonner que toute inscription dans les registres du Bureau des brevets concernant le titre à un brevet soit modifiée ou radiée. » Il s'agissait précisément de l'objet de la demande présentée à la Cour fédérale. En termes clairs, suivant l'article 26 de la *Loi sur les Cours fédérales* et l'article 52 de la *Loi sur les brevets*, la Cour fédérale avait compétence pour instruire la demande de l'appelante.

[6] L'intimé et la Cour fédérale sont d'avis que l'article 20 de la *Loi sur les Cours fédérales* portant sur la compétence des Cours fédérales sur certaines formes de propriété intellectuelle revêt une certaine pertinence quant à la compétence que confère la loi à la Cour fédérale dans la présente affaire. On pourrait soutenir que l'article n'est aucunement pertinent. L'espèce ne découle pas de l'article 20 de la *Loi sur les Cours fédérales* et n'a rien à voir avec cet article.

[7] Il faut donner son sens véritable à l'article 52 de la *Loi sur les brevets* au regard de son libellé, de son contexte et de son objet : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10; et devant notre Cour : *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2020 CAF 100, ainsi que les décisions citées au paragraphe 39 de cet arrêt.

[8] The plain meaning of the words of section 52 of the *Patent Act* is clear. A consideration of context and purpose confirms that plain meaning: the Federal Court has the jurisdiction to vary or expunge the title to a patent as reflected in the records of the Patent Office.

[9] An important element of context is that section 52 of the *Patent Act* gives this power to the Federal Court, not the Patent Office. Thus, one may surmise that the power is a judicial one, not an administrative one. If the power were purely administrative—to rubber stamp a legal state of affairs adjudicated on the facts and the law elsewhere—Parliament would have given it to the Patent Office. But Parliament gave it to the Federal Court.

[10] The power given under section 52 of the *Patent Act* is a judicial one, to determine issues of title to a patent. That determination may involve a number of things, including the interpretation of agreements and other commercial instruments. Quite appropriately, that judicial power has been given to the Federal Court, not the Patent Office.

[11] The only Supreme Court decision to interpret section 52 of the *Patent Act* supports this conclusion: *Clopay Corporation and Canadian General Tower Ltd. v. Metalix Ltd.* (1960), 34 C.P.R. 232, 20 Fox Pat. C. 110 (Ex. Ct.), affd (1961), 39 C.P.R. 23, 22 Fox Pat. C. 2 (S.C.C.). In the Supreme Court’s view, section 52 “was enacted so as to enable the rectification by the Court of the records in the Patent Office relating to title in order that the party or parties actually entitled to the grant ... might have their rights properly recorded”: *Clopay*, at page 235. It observed that the “powers conferred” under section 52 “are very wide, although they should be used with great discretion”: *Clopay*, at page 235.

[12] Inherent in this short statement from the Supreme Court, a statement that binds us, is the answer to the appellant’s claim that the Federal Court does not have jurisdiction. The Federal Court can determine issues of

[8] Le sens ordinaire des termes de l’article 52 de la *Loi sur les brevets* est clair. L’examen du contexte et de l’objet confirme ce sens ordinaire : la Cour fédérale est compétente pour ordonner la modification ou la radiation du titre à un brevet, tel qu’il figure dans les registres du Bureau des brevets.

[9] Un élément important du contexte réside dans le fait que l’article 52 de la *Loi sur les brevets* confère ce pouvoir à la Cour fédérale, et non au Bureau des brevets. On pourrait ainsi supposer qu’il s’agit d’un pouvoir judiciaire, et non d’un pouvoir administratif. S’il s’agissait d’un pouvoir purement administratif — pour entériner automatiquement une situation juridique tranchée selon les faits et le droit dans une autre compétence — le législateur l’aurait accordé au Bureau des brevets. Le législateur a toutefois conféré ce pouvoir à la Cour fédérale.

[10] Le pouvoir conféré par l’article 52 de la *Loi sur les brevets* est un pouvoir judiciaire qui vise à trancher les questions portant sur la propriété des brevets. Ce pouvoir peut toucher à plusieurs éléments, y compris à l’interprétation d’ententes et d’autres effets de commerce. À juste titre, ce pouvoir judiciaire a été conféré à la Cour fédérale, et non au Bureau des brevets.

[11] Le seul arrêt de la Cour suprême à avoir interprété l’article 52 de la *Loi sur les brevets* appuie cette conclusion : *Clopay Corporation and Canadian General Tower Ltd. v. Metalix Ltd.* (1960), 34 C.P.R. 232, 20 Fox Pat. C. 110 (C. de l’É.), conf. par (1961), 39 C.P.R. 23, 22 Fox Pat. C. 2 (C.S.C.). Selon la Cour suprême, l’article 52 [TRADUCTION] « a été adopté dans le but de permettre à la Cour de rectifier les registres du Bureau des brevets concernant le titre à un brevet de manière que les droits des parties ayant droit à la délivrance [...] puissent être régulièrement inscrits » : arrêt *Clopay*, à la page 235. Elle a fait remarquer que les [TRADUCTION] « pouvoirs conférés » par l’article 52 [TRADUCTION] « sont très vastes, mais qu’ils doivent être exercés avec une discrétion considérable » : *Clopay*, à la page 235.

[12] Dans ce bref passage de l’arrêt de la Cour suprême, passage qui nous lie, se trouve la réponse à la prétention de l’appelante selon laquelle la Cour fédérale n’a pas compétence. La Cour fédérale peut se prononcer

title—the “very wide” power of deciding who is “actually entitled to the grant” of the patent and who has the “rights” to the patent—and ensure that the records of the Patent Office reflect the correct legal situation.

[13] The Federal Court held and, in this Court, the respondent submits, that in an application like this, the Federal Court is engaged in the interpretation of agreements and this is an exclusive function of the superior courts. Thus, according to them, the Federal Court cannot engage in the interpretation of agreements in this case.

[14] I do not agree that the interpretation of agreements is exclusively a function of the superior courts. I also do not agree that just because the superior courts interpret agreements, the Federal Courts cannot interpret agreements.

[15] In the course of exercising their jurisdiction, the Federal Courts frequently determine questions that require agreements to be interpreted.

[16] Take, for example, the Tax Court’s jurisdiction over tax appeals and this Court’s jurisdiction in appeals from the Tax Court: *Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2; *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, subsection 27(1.1). It is frequently the case that this Court must interpret agreements and other commercial instruments in order to ascertain the true nature of a transaction or series of transactions as part of deciding a tax issue. In some cases, the tax law element in the decision is minimal and the interpretation element is significant, yet the matter still properly resides in the Tax Court and, on appeal, in this Court. Taxpayers need not litigate the nature of their transactions by seeking declarations in the superior courts and then import those rulings to the Tax Court or to this Court.

[17] The area of taxation is not alone. A cursory review of appellate decisions rendered in the past few years

sur des questions de titres; elle a le [TRADUCTION] « très vaste » pouvoir de déterminer qui a [TRADUCTION] « réellement droit à la délivrance » du brevet et qui possède des [TRADUCTION] « droits » sur le brevet, et de veiller à ce que les registres du Bureau des brevets reflètent la situation juridique appropriée.

[13] La Cour fédérale a conclu, et, devant notre Cour, l’intimé soutient que, dans le contexte d’une telle demande, la Cour fédérale interprète des ententes, et qu’il s’agit du ressort exclusif des cours supérieures. Ainsi, selon eux, la Cour fédérale ne peut pas interpréter les ententes en l’espèce.

[14] Je ne suis pas d’accord pour dire que l’interprétation d’ententes est du ressort exclusif des cours supérieures. Je ne suis pas non plus d’avis que, du seul fait que les cours supérieures interprètent des ententes, les Cours fédérales ne peuvent pas le faire aussi.

[15] Lorsqu’elles exercent leur compétence, il arrive souvent que les Cours fédérales se prononcent sur des questions qui requièrent l’interprétation d’ententes.

[16] À titre d’exemple, mentionnons la compétence de la Cour canadienne de l’impôt sur les appels interjetés en matière fiscale et la compétence de notre Cour sur les appels des décisions de la Cour de l’impôt : *Loi sur la Cour canadienne de l’impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2; *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, paragraphe 27(1.1). Il arrive souvent que notre Cour doive interpréter des ententes et d’autres effets de commerce afin de déterminer la véritable nature d’une opération ou d’une série d’opérations lorsqu’elle doit se prononcer sur une question fiscale. Dans certains cas, l’élément « droit fiscal » de la décision est minime et l’élément « interprétation » est important, et pourtant, il appartient à la Cour de l’impôt et, en appel, à notre Cour, de se saisir de l’affaire. Les contribuables n’ont pas à plaider la nature de leurs opérations en sollicitant des déclarations auprès des cours supérieures, puis à appliquer ces décisions à la Cour de l’impôt ou à notre Cour.

[17] Le domaine de la fiscalité n’est pas le seul domaine où des questions d’interprétation contractuelle se

reveals a docket teeming with questions of contractual interpretation: *Apotex Inc. v. Allergan, Inc.*, 2016 FCA 155, 399 D.L.R. (4th) 549 and *Beam Suntory Inc. v. Domaines Pinnacle Inc.*, 2016 FCA 212, 487 N.R. 270 (interpreting settlement agreements); *Apotex Inc. v. ADIR*, 2017 FCA 23, 406 D.L.R. (4th) 572 (interpreting transfer price agreement in order to assess patent infringement damages); *Canada (Office of the Information Commissioner) v. Calian Ltd.*, 2017 FCA 135, 414 D.L.R. (4th) 165 (interpreting the scope of a disclosure clause in a procurement contract for the purposes of an access to information request); *Canada v. Agnico-Eagles Mines Limited*, 2016 FCA 130, 483 N.R. 92 (interpreting an indenture to determine whether a taxpayer realized a capital gain); *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2015 FCA 257, 480 N.R. 217 (interpreting an agreement that purportedly barred a party from bringing the action in question); *Urquhart v. Canada*, 2016 FCA 76, 482 N.R. 31 (interpreting an employment contract to determine whether certain expenses are deductible); *Leuthold v. Canadian Broadcasting Corporation*, 2014 FCA 173, [2015] 3 F.C.R. 760, 462 N.R. 181 (interpreting a copyright licensing agreement); *Toronto Real Estate Board v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2017 FCA 236, [2018] 3 F.C.R. 563 (interpreting whether a consent agreement authorized information disclosure in accordance with federal privacy legislation); *Murphy v. Amway Canada Corporation*, 2013 FCA 38, [2014] 3 F.C.R. 478, 443 N.R. 356 (interpreting arbitration clause to determine if it barred the plaintiff from bringing a class action).

[18] This is just the very recent history of contractual interpretation in this Court. Yet even within this small sample, one sees contractual interpretation surfacing in almost all of the Federal Courts' jurisdictional pockets: tax, intellectual property, administrative law, maritime law, privacy and access to information.

[19] Questions of contractual interpretation routinely arise in maritime law as well: subsection 22(1) of the *Federal Courts Act*; *ITO-Int. Terminal Operators v. Miida Electronics*, [1986] 1 S.C.R. 752, (1986), 28 D.L.R.

posent. Un examen rapide des arrêts rendus au cours des dernières années révèle un registre regorgeant de questions liées à l'interprétation contractuelle : *Apotex Inc. c. Allergan, Inc.*, 2016 CAF 155, et *Beam Suntory Inc. c. Domaines Pinnacle Inc.*, 2016 CAF 212 (interprétation d'ententes de règlement); *Apotex Inc. c. ADIR*, 2017 CAF 23 (interprétation d'une entente de prix de transfert afin d'évaluer le montant des dommages-intérêts découlant d'une contrefaçon de brevet); *Canada (Commissariat à l'information) c. Calian Ltd.*, 2017 CAF 135 (interprétation de la portée d'une clause de divulgation dans un contrat d'approvisionnement pour les besoins d'une demande d'accès à l'information); *Canada c. Agnico-Eagles Mines Limited*, 2016 CAF 130 (interprétation d'un contrat bilatéral afin de déterminer si un contribuable a réalisé un gain en capital); *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2015 CAF 257 (interprétation d'une entente interdisant apparemment à une partie d'intenter l'action en question); *Urquhart c. Canada*, 2016 CAF 76 (interprétation d'un contrat de travail visant à déterminer si certaines dépenses étaient déductibles); *Leuthold c. Société Radio-Canada*, 2014 CAF 173, [2015] 3 R.C.F. 760 (interprétation d'un accord de licence de droits d'auteur); *Toronto Real Estate Board c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2017 CAF 236, [2018] 3 R.C.F. 563 (interprétation de la question de savoir si un consentement autorisait la communication de renseignements conformément aux lois fédérales sur la protection de la vie privée); *Murphy c. Amway Canada Corporation*, 2013 CAF 38, [2014] 3 R.C.F. 478 (interprétation d'une clause d'arbitrage afin de déterminer si cette clause interdisait à la partie demanderesse d'intenter un recours collectif).

[18] Les arrêts précités ne constituent que l'historique jurisprudentiel très récent en matière d'interprétation contractuelle devant notre Cour. Cependant, même avec ce petit échantillon, on peut constater que les Cours fédérales interprètent des contrats dans presque tous leurs domaines de compétence, de la fiscalité à la propriété intellectuelle, au droit administratif, au droit maritime, à la vie privée et à l'accès à l'information.

[19] Les questions d'interprétation contractuelle se posent régulièrement en droit maritime également : paragraphe 22(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*; *ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S.

(4th) 641; *AK Steel Corporation v. Acelormittal Mines Canada Inc.*, 2014 FC 118, 447 F.T.R. 134, at paragraphs 3–20, affd 2014 FCA 287, 466 N.R. 159 (breach of contract); *Offshore Interiors Inc. v. Sargeant*, 2015 FCA 46, 467 N.R. 355 (interpreting a builder’s mortgage); *Burin Peninsula Marine Service Centre v. Forsey*, 2015 FCA 216, 476 N.R. 183 (interpreting a liability exclusion clause).

[20] Patent infringement cases also supply many examples. For example, defendants in patent infringement actions in the Federal Court sometimes defend on the basis that the plaintiff does not own the patent. That issue, frequently determined by interpreting agreements and other instruments, is something the Federal Court can do in patent infringement actions: see, e.g., *Unilux Manufacturing Co. v. Miller* (1994), 55 C.P.R. (3d) 199 (F.C.T.D.); *Kellogg Company v. Kellogg*, [1941] S.C.R. 242, [1941] 2 D.L.R. 545; *Safematic, Inc. v. Sensodec Oy* (1988), 21 C.P.R. (3d) 12, 20 C.I.P.R. 143 (F.C.T.D.); *R.W. Blacktop Ltd. v. Artec Equipment Co.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 432, 50 F.T.R. 225 (F.C.T.D.); *Titan Linkabit Corp. v. S.E.E. See Electronic Engineering Inc.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 469, 58 F.T.R. 1 (F.C.T.D.).

[21] Some of these cases warrant closer scrutiny. They show where the Federal Court went astray in this case.

[22] In *Kellogg*, the Commissioner of Patents refused to issue a patent under what is now sections 40–41 of the *Patent Act*. In support of the Commissioner’s decision, the appellant sought to rely on employment contracts to disprove the respondent’s claim to ownership of a patent.

[23] While acknowledging that the then Exchequer Court had “no jurisdiction to determine an issue ... concerning a contract between subject and subject”, the Supreme Court found that the Exchequer Court had jurisdiction because the employment contracts were only “advanced for the purpose of establishing the

752; *AK Steel Corporation c. Acelormittal Mines Canada Inc.*, 2014 CF 118, aux paragraphes 3 à 20, conf. par 2014 CAF 287 (violation de contrat); *Offshore Interiors Inc. c. Sargeant*, 2015 CAF 46 (interprétation d’une hypothèque de constructeur); *Burin Peninsula Marine Service Centre c. Forsey*, 2015 CAF 216 (interprétation d’une clause d’exclusion de responsabilité).

[20] Les affaires de contrefaçon de brevet fournissent également un grand nombre d’exemples. Ainsi, les parties défenderesses aux actions en contrefaçon de brevet devant la Cour fédérale se défendent parfois en alléguant que la partie demanderesse n’est pas propriétaire du brevet. Cette question est souvent tranchée par la Cour fédérale qui interprète des ententes et d’autres instruments dans le contexte d’actions en contrefaçon de brevet : voir, par exemple, la décision *Unilux Manufacturing Co. c. Miller*, [1994] A.C.F. n° 428 (QL) (1<sup>re</sup> inst.); l’arrêt *Kellogg Company v. Kellogg*, [1941] R.C.S. 242; la décision *Safematic, Inc. v. Sensodec Oy*, n° de greffe : T-323-88, 2 mai 1988, (1988), 21 C.P.R. (3d) 12, 20 C.I.P.R. 143 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); la décision *R.W. Blacktop Ltd. c. Artec Equipment Co.*, [1991] A.C.F. n° 1046 (QL) (1<sup>re</sup> inst.); la décision *Titan Linkabit Corp. v. S.E.E. See Electronic Engineering Inc.*, n° de greffe : T-129-91, 4 septembre 1992, (1992), 44 C.P.R. (3d) 469, 58 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

[21] Certaines de ces décisions justifient un examen plus attentif. Elles démontrent où la Cour fédérale s’est égarée en l’espèce.

[22] Dans l’arrêt *Kellogg*, le commissaire aux brevets a refusé de délivrer un brevet aux termes des articles actuels 40 et 41 de la *Loi sur les brevets*. À l’appui de la décision du commissaire, l’appelant a cherché à se fonder sur les contrats d’emploi pour réfuter les allégations de l’intimée à l’appui de sa revendication de la propriété d’un brevet.

[23] Tout en reconnaissant que ce qui était à l’époque la Cour de l’Échiquier n’avait [TRADUCTION] « aucune compétence pour trancher une question [...] concernant un contrat intervenu entre deux personnes », la Cour suprême a conclu que la Cour de l’Échiquier avait compétence parce que les contrats d’emploi n’étaient

appellant” as the lawful owner of the patent: *Kellogg*, at pages 249–250. Adjudicating title to a patent was, and remains today, firmly within the Federal Court’s jurisdiction.

[24] The rule in *Kellogg* is simple: the Exchequer Court (and now the Federal Court) can interpret contracts between private citizens as long as it is done under a sphere of valid federal jurisdiction vested in the Federal Court. It is true that, absent a specific statutory grant of jurisdiction to the Federal Court, parties cannot assert a contractual claim in the Federal Court against another private party to obtain a damages remedy. But *Kellogg* tells us that where such a grant is present, parties can claim a remedy even if their entitlement turns on a matter of interpretation of an agreement or other instrument—for example, the remedy of correcting the records in the Patent Office to recognize one’s title to a patent under section 52 of the *Patent Act*.

[25] *Kellogg* was applied by the Federal Court in *Titan Linkabit Corp.*, above. In *Titan*, the defendants’ breach of contract allegations were “advanced, not to seek relief for breach of the contract, but in support of the defence of non-infringement” (at page 474). The Federal Court was “not being asked ... to determine the validity of the contract between the parties, nor to determine whether there has been a breach of the contract”. Instead, the “primary issue” was “whether there has been infringement”: at page 474. Therefore, the Federal Court had jurisdiction over the matter.

[26] *Kellogg* and *Titan Linkabit* have been applied in this way by judges and prothonotaries in many intellectual property decisions in the Federal Court: e.g., *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.*, 2002 FCT 1007, 21 C.P.R. (4th) 360, at paragraphs 42–46; *Tommy Hilfiger Licensing, Inc. v. 2970-0085 Quebec Inc.* (2000), 6 C.P.R. (4th) 374, 2000 CanLII 14768 (F.C.T.D.), at paragraphs 4–6; *Alchem Capital Corporation v. Nautilus Plus Inc.*, 1998 CanLII 8545

[TRADUCTION] « invoqués que pour établir que l’appellant » était le propriétaire légitime du brevet : *Kellogg*, aux pages 249 et 250. Le fait de statuer sur la propriété d’un brevet relevait et relève toujours clairement de la compétence de la Cour fédérale.

[24] La règle établie dans l’arrêt *Kellogg* est simple : la Cour de l’Échiquier (maintenant la Cour fédérale) peut interpréter des contrats entre particuliers pour autant que cette interprétation soit faite dans l’exercice d’une compétence fédérale valide conférée à la Cour fédérale. Il est vrai qu’en l’absence d’une attribution en vertu de la loi d’une compétence précise à la Cour fédérale, une partie ne peut faire valoir une réclamation contractuelle devant la Cour fédérale contre un autre particulier afin d’obtenir une réparation sous forme de dommages-intérêts. L’arrêt *Kellogg* nous enseigne toutefois qu’en présence d’une telle attribution, les parties peuvent demander réparation même si leur droit repose sur l’interprétation d’une entente ou d’un autre instrument, par exemple, une réparation sous forme de correction des registres du Bureau des brevets visant à reconnaître le titre à un brevet aux termes de l’article 52 de la *Loi sur les brevets*.

[25] La Cour fédérale a appliqué l’arrêt *Kellogg* dans la décision *Titan Linkabit Corp.*, précitée, dans laquelle les allégations de violation de contrat des parties défenderesses ont été « [TRADUCTION] faites, non pas pour obtenir une réparation pour rupture du contrat, mais pour étayer la défense de non-contrefaçon » [à la page 474]. On n’a pas demandé à la Cour fédérale « [TRADUCTION] de déterminer la validité du contrat entre les parties, ni de déterminer s’il y a eu violation du contrat ». La « question [qui] se pose principalement » était « de savoir s’il y a eu atteinte au droit d’auteur » : à la page 474. Par conséquent, la Cour fédérale avait compétence pour entendre l’affaire.

[26] L’arrêt *Kellogg* et la décision *Titan Linkabit* ont été ainsi appliqués par les juges et les protonotaires dans de nombreuses décisions de la Cour fédérale en matière de propriété intellectuelle : voir, par exemple, *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, 2002 CFPI 1007, aux paragraphes 42 à 46; *Tommy Hilfiger Licensing, Inc. c. 2970-0085 Quebec Inc.*, 2000 CanLII 14768 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux paragraphes 4 à 6; *Alchem Capital Corporation c. Nautilus Plus Inc.*,



(F.C.T.D.), at paragraph 2; *Innotech Pty. Ltd. v. Phoenix Rotary Spike Harrows Ltd.* (1997), 74 C.P.R. (3d) 275, 215 N.R. 397 (F.C.A.), at pages 267–277; *Possian v. Canadian Olympic Association* (1996), 74 C.P.R. (3d) 509, at page 511, [1996] F.C.J. No. 1555 (QL) (T.D.); *Kane v. Hooper* (1996), 68 C.P.R. (3d) 267, at page 272, 113 F.T.R. 292 (F.C.T.D.); *Asse International, Inc. v. Svenska Statens Språkresor, AB* (1996), 70 C.P.R. (3d) 222, 119 F.T.R. 208 (F.C.T.D.); *Unilux Manufacturing Co. v. Miller* (1994), 55 C.P.R. (3d) 199 (F.C.T.D.) [cited above], at page 203; *R.W. Blacktop Ltd. v. Artec Equipment Co.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 432, 50 F.T.R. 225 (F.C.T.D.) [cited above], at pages 438–439.

[27] In the case at bar, the Federal Court declined jurisdiction on the basis of its decision in *Lawthier v. 424470 B.C. Ltd.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 510, 95 F.T.R. 81 (F.C.T.D.). In my view, this case, not binding on this Court, was incorrectly decided. It is contrary to *Kellogg*. Worse, it set off a line of jurisprudence spiralling away from *Kellogg*.

[28] In *Lawthier*, the plaintiff invoked certain contracts solely in support of an ownership claim in the Patent Office. The Court declined jurisdiction because it was “primarily a case in contract” where “patent issues [were] ancillary” and contractual determinations would “dictate ownership of the patent”: pages 511–512. The decision is very brief with only an in-passing citation to *Titan Linkabit*. It does not engage with the jurisprudence outlined above nor does it follow *Kellogg*, let alone even cite it.

[29] Nowhere in *Kellogg* does the inquiry depend on whether contracts will “dictate” ownership. Indeed, the contracts in *Kellogg* were advanced because, in the appellant’s eyes, they did dictate ownership. As pleaded in *Kellogg*, the employment arrangement would prove that the appellant was “entitled to the benefit of [the patent]”: page 246. The case was “primarily ... [in] contract” [page 244].

1998 CanLII 8545 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 2; *Innotech Pty Ltd. c. Phoenix Rotary Spike Harrows Ltd.*, [1997] A.C.F. n° 855 (QL) (C.A.), n° du greffe A-253-97; *Possian c. Association Olympique Canadienne*, [1996] A.C.F. n° 1555 (QL) (1<sup>re</sup> inst.); *Kane c. Hooper*, [1996] A.C.F. n° 769 (QL) (1<sup>re</sup> inst.); *Asse International, Inc. c. Svenska Statens Språkresor, AB*, [1996] A.C.F. n° 861 (QL) (1<sup>re</sup> inst.); *Unilux Manufacturing Co. Inc. c. Miller*, [1994] A.C.F. n° 428 (QL) (1<sup>re</sup> inst.) [précité]; *R.W. Blacktop Ltd. c. Artec Equipment Co.*, [1991] A.C.F. n° 1046 (QL) (1<sup>re</sup> inst.) [précité].

[27] En l’espèce, la Cour fédérale a décliné sa compétence en se fondant sur le jugement qu’elle a rendu dans la décision *Lawthier c. 424470 B.C. Ltd.*, [1995] A.C.F. n° 549 (QL) (1<sup>re</sup> inst.). Je suis d’avis que la conclusion tirée dans cette décision, qui ne lie pas notre Cour, a été mal fondée. Elle contredit l’arrêt *Kellogg*. Pire encore, elle établit un courant jurisprudentiel qui s’éloigne de l’arrêt *Kellogg*.

[28] Dans la décision *Lawthier*, la partie demanderesse invoquait certains contrats uniquement à l’appui d’une revendication de la propriété d’un brevet auprès du Bureau des brevets. La Cour a décliné sa compétence parce qu’il s’agissait « principalement [...] d’un différend contractuel » où « les questions relatives au brevet [étaient] secondaires » et que c’est en tranchant ce point contractuel qu’il serait possible de « déterminer la propriété du brevet » : au paragraphe 6. La décision est très brève et ne relève qu’une citation au passage tirée de la décision *Titan Linkabit*. Elle n’aborde pas la jurisprudence énoncée précédemment, ne suit pas l’arrêt *Kellogg*, ni ne le cite.

[29] Nulle part dans l’arrêt *Kellogg* n’est-il question de savoir si les contrats permettront de « déterminer » la propriété du brevet. En fait, dans l’arrêt *Kellogg*, les contrats ont été invoqués parce que, aux yeux de l’appellant, ils déterminaient la propriété du brevet. Comme il a été plaidé dans l’arrêt *Kellogg*, le contrat de travail établirait que l’appellant avait [TRADUCTION] « droit à l’avantage du [brevet] » : à la page 246. Il s’agissait

[30] Outside of *Lawthier*, the Federal Court cited two other decisions in support of its conclusion: *R.L.P. Machine & Steel Fabrication Inc. v. Ditullio*, 2001 FCT 245, 12 C.P.R. (4th) 15 and *Axia Inc. v. Northstar Tool Corp.*, 2005 FC 573, 39 C.P.R. (4th) 299. But these cases simply affirm *Lawthier* and its flawed analysis without citing the Supreme Court's controlling authority in *Kellogg* or any of the jurisprudence listed above.

[31] Even if *Kellogg* did not exist or apply, I would decline to regard *Lawthier* as good law. The bounds of the Federal Court's jurisdiction do not rest on the nebulous exercise of assessing whether something is "primarily a case in contract" or whether contractual interpretation will "dictate" the end result. To do this is to take a Goldilocks approach to jurisdiction, taste-testing each case for the appropriate amount of federal flavour and asserting jurisdiction only in cases where the federal content is, in the personal opinion of a judge, "just right". Jurisdiction should not depend on the palate of individual judges. And for reasons of access to justice and minimization of litigation expense, Parliament does not set fuzzy tests for jurisdiction but rather adopts more certain, brighter lines. Courts should analyze jurisdictional issues with that front of mind. See *Hupacasath First Nation v. Canada (Foreign Affairs and International Trade Canada)*, 2015 FCA 4, 379 D.L.R. (4th) 737, at paragraph 47, citing *Steel v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 153, [2011] 1 F.C.R. 143, at paragraphs 62–73; see also *Steel*, at paragraph 69.

[32] The *Lawthier* approach would render the Federal Courts entirely dependent on provincial courts in many cases, requiring litigants to litigate in two forums—first, a superior court for the contractual ruling and then the Federal Court for a ruling based on the superior court's determination. Such an approach is against the purpose of section 52 of the *Patent Act* and the *Federal Courts*

[TRANSLATION] « principalement [...] d'un différend contractuel » [à la page 244].

[30] À part la décision *Lawthier*, la Cour fédérale a cité deux autres décisions à l'appui de sa conclusion : *R.L.P. Machine & Steel Fabrication Inc. c. Ditullio*, 2001 CFPI 245 et *Axia Incorporated c. Northstar Tool Corp.*, 2005 CF 573. Toutefois, ces décisions ne font que confirmer la décision *Lawthier* et son analyse déficiente et omettent de citer l'arrêt *Kellogg* de la Cour suprême, l'arrêt dominant, ou la jurisprudence énoncée ci-dessus.

[31] Même si l'arrêt *Kellogg* n'existait pas ou ne s'appliquait pas, je refuserais de considérer que la décision *Lawthier* est un bon précédent. Les limites de la compétence de la Cour fédérale ne reposent pas sur l'exercice nébuleux consistant à déterminer s'il s'agit « principalement [...] d'un différend contractuel » ou si l'interprétation contractuelle permettra de « déterminer » le résultat final. Pour y arriver, il faudrait adopter une conception de la compétence digne du conte pour enfants Boucle d'Or et les Trois Ours, c'est-à-dire « éprouver » chaque affaire pour en déterminer la « teneur » fédérale et n'invoquer la question de la compétence que dans les affaires où la « teneur » fédérale est, selon l'opinion personnelle d'un juge, « parfaite ». La compétence ne devrait pas dépendre de l'appréciation du juge. De plus, pour des raisons d'accès à la justice et de réduction des frais de justice, le législateur n'établit pas des critères de compétence confus, mais adopte plutôt plus de lignes claires. Les tribunaux devraient analyser les questions de compétence en tenant compte de ces considérations. Voir l'arrêt *Première Nation des Hupacasath c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2015 CAF 4, au paragraphe 47, citant l'arrêt *Steel c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 153, [2011] 1 R.C.F. 143, aux paragraphes 62 à 73; voir également l'arrêt *Steel*, au paragraphe 69.

[32] L'approche adoptée dans la décision *Lawthier* aurait pour effet de rendre les Cours fédérales entièrement dépendantes des cours provinciales dans bien des cas, obligeant ainsi les parties à plaider devant deux tribunaux : d'abord une cour supérieure pour obtenir une décision sur le volet contractuel, puis la Cour fédérale pour qu'elle statue conformément à la décision rendue

*Act* generally. By burdening litigants unnecessarily, it also offends the unwritten principle of access to justice recognized by the Supreme Court in *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31.

[33] The continuation of a Federal Courts system in Canada under the *Federal Courts Act* and its predecessors was meant to ensure the uniform application and interpretation of federal law. However, it was not meant to complicate Canadian law, requiring parties to litigate in two sets of courts instead of one. This has been stressed in legislative debates concerning possible amendments to the *Federal Courts Act*. One particularly poignant example from 1990 will suffice.

[34] In the process leading up to legislative reform of the *Federal Courts Act* in 1990, some questioned whether contract and tort claims against the Crown should remain within the Federal Courts' jurisdiction under paragraph 17(2)(b) of the *Federal Courts Act*.

[35] The Canadian Bar Association led the charge. At a legislative committee meeting, a witness representing the Canadian Bar Association opposed the Federal Courts' jurisdiction over disputes against the federal Crown:

Our fundamental position that the court should take on responsibilities in specialized areas but should not displace the traditional role of the superior courts of the provinces. This leads to our first recommendation. The new legislation provides for concurrency of jurisdiction in contract and tort suits against the government .... It is our view that these cases should be exclusively within the jurisdiction of provincial courts .... [W]e think the Federal Court should not even get in on those cases on a concurrent basis. We think the exclusive jurisdiction for suits against government and for suits in fields of contract and tort should be in the provincial courts. [Emphasis added.]

par la cour supérieure. Une telle approche va à l'encontre de l'objet de l'article 52 de la *Loi sur les brevets* et, de façon générale, de la *Loi sur les Cours fédérales*. En imposant un fardeau inutile aux plaideurs, cette approche porte également atteinte aux principes non écrits de l'accès à la justice qui ont été reconnus par la Cour suprême dans l'arrêt *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31.

[33] Conformément à la *Loi sur les Cours fédérales* et aux lois qui l'ont précédée, le maintien d'un système de Cours fédérales au Canada visait à garantir une application et une interprétation uniformes des règles de droit fédérales. Il ne visait cependant pas à complexifier le droit canadien, en obligeant les parties à plaider devant deux tribunaux plutôt qu'un. Cette question est ressortie dans les débats législatifs entourant des modifications envisagées à la *Loi sur les Cours fédérales*. Je me contenterai de citer un exemple marquant datant de 1990.

[34] Au cours du processus menant à la réforme législative de la *Loi sur les Cours fédérales*, en 1990, certains se sont demandé si les actions fondées sur un contrat ou sur un délit présentées contre la Couronne devraient demeurer dans le ressort des Cours fédérales aux termes de l'alinéa 17(2)b) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[35] L'Association du barreau canadien avait mené la charge. Au cours d'une réunion du Comité législatif, un témoin représentant l'Association du barreau canadien s'était opposé à la compétence des Cours fédérales sur les litiges contre la Couronne fédérale :

Notre position fondamentale est que la Cour devrait assumer des responsabilités dans des domaines spécialisés, mais elle ne devrait pas déplacer le rôle traditionnel des cours supérieures des provinces. Cela m'amène à notre première recommandation. Le nouveau projet de loi prévoit la compétence concurrente à l'égard des poursuites contractuelles et délictuelles contre le gouvernement [...] Nous sommes d'avis que la compétence à l'égard de ces causes devrait être confiée exclusivement aux tribunaux provinciaux [...] [N]ous estimons que la Cour fédérale ne devrait même pas avoir compétence concurrente dans ces affaires. La compétence exclusive à l'égard des poursuites

(Canada. Parliament. House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-38*, 34th Parl., 2nd Sess., Issue No. 6, December 19, 1989, at pages 6:6–6:7.)

[36] This witness envisioned the Federal Courts as a home for certain subject matters: patents, copyright, trademarks, maritime law, tax and federal administrative law but “[a]ll other cases should be in the provincial courts”: Brian Crane Q.C., “Jurisdiction of the Federal Court” (Paper delivered at Federal Court of Canada 20th Anniversary Symposium, 26 June 1991), published in *The Federal Court of Canada – An Evaluation* (Ottawa: Federal Court of Canada, 1991), at pages 82–83; see also David J. Mullan, “The *Federal Courts Act* and Federal Jurisdiction”, (Paper delivered at Federal Court of Appeal and Federal Court Education Seminar: The Jurisdiction of the Federal Courts, 27–28 October 2011), at page 2; Ian Bushnell, *The Federal Court of Canada: A History, 1875–1992*, (Toronto: University of Toronto Press, 1997), at pages 313–314.

[37] But, in the view of the members of the Legislative Committee on Bill C-38, this was too simplistic. One of the members posed a question about what would happen if areas of federal jurisdiction (like intellectual property or tax) collided with contract or tort law, essentially the key question raised by this appeal:

If a case has a number of elements to it, which include contract or tort but may also include matters that are clearly and exclusively within the jurisdiction of the Federal Court, are we not walking into a situation where one provides for complexities or is there a way around that problem? Or is it a problem at all?

(Canada. Parliament. House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-38*, 34th Parl., 2nd Sess., Issue No. 6, December 19, 1989, at page 6:15.)

contre le gouvernement tant en matière contractuelle que délictuelle devrait être confiée aux tribunaux provinciaux.  
[Non souligné dans l’original.]

(Canada. Parlement. Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-38*, 34<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., fascicule n<sup>o</sup> 6, 19 décembre 1989, aux pages 6 :6 et 6 :7.)

[36] Ce témoin envisageait la compétence des Cours fédérales comme portant sur certaines matières : brevets, droit d’auteur, marques de commerce, droit maritime, droit fiscal et droit administratif fédéral, mais que [TRADUCTION] « tous les autres litiges devraient se retrouver devant les cours provinciales » : Brian Crane, c.r., « Jurisdiction of the Federal Court » (exposé présenté au cours du symposium organisé à l’occasion du 20<sup>e</sup> anniversaire de la Cour fédérale du Canada, le 26 juin 1991) publié dans *La Cour fédérale du Canada – une évaluation* (Ottawa : Cour fédérale du Canada, 1991), aux pages 82 et 83; voir également David J. Mullan, « La *Loi sur les Cours fédérales* et la compétence fédérale » (exposé présenté dans le cadre du colloque de formation de la Cour fédérale et de la Cour d’appel fédérale : la compétence des Cours fédérales, les 27 et 28 octobre 2011), à la page 2; Ian Bushnell, *The Federal Court of Canada : A History, 1875–1992*, (Toronto : University of Toronto Press, 1997), aux pages 313 et 314.

[37] Toutefois, de l’avis des membres du Comité législatif sur le projet de loi C-38, cela était trop simpliste. L’un des membres a demandé ce qui arriverait si les domaines de compétence fédérale (comme la propriété intellectuelle ou le droit fiscal) entraient en conflit avec le droit de la responsabilité contractuelle ou délictuelle, ce qui est essentiellement la principale question soulevée dans le cadre du présent appel :

Si une affaire fait intervenir des questions contractuelles ou délictuelles, et également des questions qui relèvent clairement et exclusivement de la compétence de la Cour fédérale, la nouvelle procédure qui est proposée ne risque-t-elle pas de compliquer les choses, ou est-ce que cela ne pose aucun problème?

(Canada. Parlement. Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-38*, 34<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., fascicule n<sup>o</sup> 6, 19 décembre 1989, à la page 6 :15.)

[38] The ensuing discussion is somewhat ambiguous and unclear. What can be gleaned from this exchange, though, is that the Legislative Committee identified the intersection of federal jurisdiction and contract/tort cases as a problem that, presumably, should not result in dividing proceedings between federal and provincial courts. To paraphrase the discussion, it is hard enough for many to pursue a case from beginning to end; why force them to do it twice?

[39] Overall, the Canadian Bar Association's suggestions were rejected:

... I think the way we are doing it is fair, Mr. Chairman, and I have seen no compelling reason why we would not want the Federal Court, with the judicial expertise that is available at that level. ... I have not heard from either the Canadian Bar Association or anyone else any compelling reason why we would exclude the Federal Court.

(Hon. Robert Nicholson, the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice and Attorney General of Canada, Canada. Parliament. House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-38*, 34th Parl., 2nd Sess., Issue No. 7, January 1, 1990, at page 7:10.)

[40] This express rejection tears at the notion that Parliament regards the interpretation of agreements as a task alien to the Federal Courts or that its judges are incapable of applying contractual principles. Sometimes the Federal Courts have to do it under the jurisdiction they have lawfully been given. Where contractual disputes arise within its jurisdiction, the Federal Courts are empowered to resolve these disputes just as any other court does, and they do so all the time.

[41] If the Federal Courts declined cases that "primarily" involved contracts, it would be forced to divide many of its cases across different superior court jurisdictions across the country.

[38] La discussion qui a suivi est quelque peu ambiguë et vague. Ce qui se dégage de cet échange, cependant, est que le Comité législatif a déterminé que la question du recoupement entre la compétence fédérale et les actions en responsabilité contractuelle ou en responsabilité délictuelle était un problème qui, vraisemblablement, ne devrait pas entraîner la répartition des instances entre les tribunaux fédéraux et provinciaux. Pour paraphraser la discussion, il est déjà assez difficile pour de nombreuses personnes d'intenter une poursuite du début à la fin, alors pourquoi les forcer à le faire deux fois?

[39] Dans l'ensemble, les propositions de l'Association du barreau canadien ont été rejetées :

[...] Notre démarche me semble juste. Je ne vois aucune raison justifiant l'exclusion de la Cour fédérale, étant donné toutes les compétences judiciaires que cette instance peut offrir [...] [A]ucun témoin, pas même l'Association du barreau canadien, ne m'a présenté de raison importante justifiant l'exclusion de la Cour fédérale.

(L'hon. Robert Nicholson, secrétaire parlementaire du ministre de la Justice et procureur général du Canada, Parlement. Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-38*, 34<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., fascicule n<sup>o</sup> 7, 1<sup>er</sup> janvier 1990, à la page 7 :10.)

[40] Ce rejet explicite met en pièces l'idée que le législateur considère l'interprétation d'ententes comme étant une tâche étrangère aux Cours fédérales ou que ses juges sont incapables d'appliquer des principes contractuels. Il arrive que les Cours fédérales doivent interpréter ces ententes en vertu de la compétence que la loi leur a conférée. Lorsqu'elles sont saisies de différends contractuels, les Cours fédérales sont habilitées à régler ces différends, tout comme n'importe quel autre tribunal, et elles le font continuellement.

[41] Si les Cours fédérales refusaient d'entendre des affaires qui relèvent « principalement » d'un différend contractuel, elles n'auraient d'autres choix que de répartir un grand nombre de leurs dossiers entre les diverses cours supérieures à l'échelle du pays.

[42] Long ago, this happened fairly often. Certain cases straddled federal and provincial jurisdiction. Because the Federal Courts' jurisdiction over some proceedings against the Crown was exclusive, when those proceedings required counterclaims or third party proceedings or non-federal-Crown defendants, proceedings in provincial courts would have to be brought—despite arising from the exact same facts: see, e.g., *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1989] 2 F.C. 562, (1988), 55 D.L.R. (4th) 618 (C.A.); *Peel (Regional Municipality) v. Ontario* (1990), 1 O.R. (3d) 97, 75 D.L.R. (4th) 523 (C.A.).

[43] In 1990, Bill C-38 [*Act to Amend the Federal Court Act, the Crown Liability Act, the Supreme Court Act and other Acts in Consequence thereof*, S.C. 1990, c. 8] sought to minimize this problem by making the Courts' jurisdiction concurrent in certain areas. This ensured that, where a counterclaim or third party claim was brought, a dispute arising from the same facts could be adjudicated entirely within a single proceeding: Canada, Parliament, House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-38*, 34th Parl., 2nd Sess., Issue No. 1, November 23, 1989, at page 1:15; Mary E. Dawson, Q.C., "Bill C-38: Some Reforms for the Federal Court of Canada" (Paper delivered at Federal Court of Canada 20th Anniversary Symposium, 26 June 1991), published in *The Federal Court of Canada – An Evaluation* (Ottawa: Federal Court of Canada, 1991), at page 256.

[44] If the Federal Court does not have jurisdiction in this case—and by extension in any case where contractual interpretation is central to the disposition—the problem of divided proceedings will once again become a feature of the Federal Court system despite Parliament's intention. If the Federal Courts always need the provincial courts as a crutch to determine a matter leaning on contractual considerations or other private rights, their very core and purpose, as encapsulated by John Turner,

[42] Jadis, cela se produisait assez souvent. Certains cas chevauchaient les compétences fédérale et provinciale. Étant donné que les Cours fédérales avaient compétence exclusive sur certaines poursuites intentées contre la Couronne, lorsque ces poursuites nécessitaient des demandes reconventionnelles ou des procédures de mise en cause ou concernaient des défendeurs autres que la Couronne fédérale, des instances devaient être engagées devant les cours provinciales, malgré le fait qu'elles découlaient exactement des mêmes faits : voir, par exemple, la décision *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1989] 2 C.F. 562 (C.A.); *Peel (Regional Municipality) v. Ontario* (1990), 1 O.R. (3d) 97, 75 D.L.R. (4th) 523 (C.A.).

[43] En 1990, le projet de loi C-38 [*Loi modifiant la Loi sur la Cour fédérale, la Loi sur la responsabilité de l'État, la Loi sur la Cour suprême et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1990, ch. 8] a tenté de réduire au minimum ce problème en faisant en sorte que, dans certains cas, les tribunaux jouissent d'une compétence concurrente. Cette façon de procéder permettait de s'assurer que, lorsqu'une demande reconventionnelle ou une mise en cause était présentée, le différend découlant des mêmes faits pouvait être jugé intégralement dans la même instance : Canada, Parlement, Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-38*, 34<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., fascicule n° 1, 23 novembre 1989, à la page 1 :15; Mary E. Dawson, c.r., « Bill C-38 : Some Reforms for the Federal Court of Canada » (exposé présenté au cours du symposium organisé à l'occasion du 20<sup>e</sup> anniversaire de la Cour fédérale du Canada, le 26 juin 1991) publié dans *La Cour fédérale du Canada – une évaluation* (Ottawa : Cour fédérale du Canada, 1991), à la page 256.

[44] Si la Cour fédérale n'a pas compétence en l'espèce, et, par extension, dans tous les cas où une interprétation contractuelle est cruciale pour trancher l'affaire, le problème de la répartition des instances deviendra, encore une fois, une caractéristique du système judiciaire fédéral, malgré l'intention du législateur. Si la Cour fédérale doit toujours dépendre de l'intervention des cours provinciales pour trancher une affaire qui repose sur des considérations contractuelles ou d'autres droits privés,

the architect of the first *Federal Courts Act*, would be eviscerated:

[TRANSLATION] [W]e looked for a national court that could apply federal law—a national court with expertise in all areas of federal law. Taxes, admiralty, patents, administrative law, immigration law—and I looked for the court that could adopt some uniformity in its judgments. To have national cohesion in its judgments.

(The Right Hon. John N. Turner, “The Origin and Mission of the Federal Court of Canada” (Paper delivered at Federal Court of Canada 20th Anniversary Symposium, 26 June 1991), published in *The Federal Court of Canada – An Evaluation* (Ottawa: Federal Court of Canada, 1991), at page 5.)

[45] There will be cases where the Federal Court does not have jurisdiction because the matter is purely contractual between private parties: see, e.g., *McNamara Construction et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654, (1977), 75 D.L.R. (3d) 273. And there will be cases where on the particular facts it would be more appropriate for the Federal Court to stay proceedings before it to allow ongoing related litigation in the provincial superior courts to go ahead: *Hutchingame Growth Capital Corporation v. Dayton Boot Co. Enterprises Ltd.*, 2019 FCA 152, 52 Admin. L.R. (6th) 1. In the case at bar, different from *Hutchingame*, no one asked the Federal Court to stay its proceedings.

[46] As well, federal proceedings may be stayed where it is in the interests of justice that related proceedings in the provincial superior court or elsewhere resolve the issue: *Federal Courts Act*, section 50 and see, e.g., *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, 2001 SCC 90, [2001] 3 S.C.R. 907; and in the context of judicial review (though not restricted to that context), see *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713; and, *vice versa*, see *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, (1994), 116 D.L.R. (4th) 61.

son essence même et son objet, résumés par John Turner, l’architecte de la toute première *Loi sur les Cours fédérales*, seraient dépouillés de leur sens :

[N]ous avons cherché une cour nationale qui pourrait appliquer le droit fédéral – une cour nationale avec une expertise dans tous les domaines de droit fédéral. Les impôts, l’amirauté, les brevets, le droit administratif, le droit d’immigration – et j’ai cherché la cour qui pourrait adopter une certaine uniformité dans ses jugements. D’avoir une cohésion nationale dans ses jugements.

(Le très hon. John N. Turner, «The Origin and Mission of the Federal Court of Canada » (exposé présenté au cours du symposium organisé à l’occasion du 20<sup>e</sup> anniversaire de la Cour fédérale du Canada, le 26 juin 1991), publié dans *La Cour fédérale du Canada – une évaluation* (Ottawa : Cour fédérale du Canada, 1991), à la page 5.)

[45] Il y aura des cas où la Cour fédérale n’aura pas compétence parce qu’il s’agit d’un différend de nature purement contractuelle opposant des parties privées : voir, par exemple, l’arrêt *McNamara Construction et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654. Il y aura également des cas où, compte tenu des faits, il serait plus approprié que la Cour fédérale suspende l’instance pour permettre que le litige connexe se poursuive devant les cours supérieures provinciales : *Hutchingame Growth Capital Corporation c. Dayton Boot Co. Enterprises Ltd.*, 2019 CAF 152. En l’espèce, la différence avec l’arrêt *Hutchingame* est que personne n’a demandé à la Cour fédérale de suspendre l’instance.

[46] De même, les instances devant les Cours fédérales peuvent être suspendues si l’intérêt de la justice exige que la cour supérieure provinciale ou un autre tribunal se prononce sur les instances connexes : *Loi sur les Cours fédérales*, article 50; voir, par exemple, l’arrêt *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, 2001 CSC 90, [2001] 3 R.C.S. 907; et, dans le contexte du contrôle judiciaire (sans toutefois se limiter à ce contexte), voir l’arrêt *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713; et, *vice versa*, voir l’arrêt *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394.

[47] But when dealing with an application under section 52 of the *Patent Act*, the Federal Court remains free to carry out the task Parliament has given to it—to determine who should be reflected on the records of the Patent Office as the owner of a patent—even if that involves interpreting agreements and other instruments.

[48] For the foregoing reasons, I conclude that the Federal Court had the statutory jurisdiction to decide the application before it under section 52 of the *Patent Act*.

[49] The respondent has not objected to the jurisdiction of the Federal Court based on the limitations imposed by section 101 of the *Constitution Act, 1867*, as interpreted by the Supreme Court in *ITO-Int'l Terminal Operators*, above. For completeness, I wish to note that the objection does not apply in this case. Section 52 of the *Patent Act* is the law on the books, it gives the Federal Court jurisdiction, and no constitutional attack has been launched against it based on section 101 of the *Constitution Act, 1867*. In any event, the matter before us concerns who has title to the patent, which is a matter of federal jurisdiction and an issue that satisfies the three-fold test in *ITO*. And the Federal Court has a general “superintending jurisdiction” in relation to federal boards and commissions, such as the federal Patent Office in issue here: *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, at paragraph 50, citing *House of Commons Debates*, 28th Parl., 2nd Sess., March 25, 1970, at pages 5470–5471. A provision empowering the Federal Court to direct the federal Patent Office to vary its records is squarely within that federal superintending jurisdiction.

[50] Because of its ruling on the issue of jurisdiction, the Federal Court did not go on to consider the merits of the issue under section 52 of the *Patent Act*.

[51] This Court has the power to consider the merits and make the judgment the Federal Court should have

[47] Toutefois, lorsqu’il est question d’une demande fondée sur l’article 52 de la *Loi sur les brevets*, la Cour fédérale est libre d’exécuter la tâche que le législateur lui a confiée, soit de déterminer qui doit figurer dans les registres du Bureau des brevets à titre de propriétaire du brevet, même si la Cour doit interpréter des ententes ou d’autres instruments.

[48] Pour les motifs qui précèdent, je conclus que la Cour fédérale avait la compétence que lui confère la loi pour trancher la demande dont elle était saisie, fondée sur l’article 52 de la *Loi sur les brevets*.

[49] L’intimé ne s’est pas opposé à la compétence de la Cour fédérale en raison des limites prévues à l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, selon l’interprétation qu’en a faite la Cour suprême dans l’arrêt *ITO-Int'l Terminal Operators*, précité. Par souci d’exhaustivité, je tiens à mentionner que l’objection ne pouvait être soulevée en l’espèce. L’article 52 de la *Loi sur les brevets* est la disposition en vigueur; elle confère compétence à la Cour fédérale et sa constitutionnalité n’a pas été contestée sur le fondement de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Quoi qu’il en soit, l’affaire dont nous sommes saisis concerne la question de la titularité du brevet, qui est une question de compétence fédérale et qui répond au triple critère établi dans l’arrêt *ITO*. De plus, la Cour fédérale a un « pouvoir de surveillance » général sur les commissions et offices fédéraux, comme le Bureau des brevets, en cause en l’espèce : *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, au paragraphe 50, citant les *Débats de la Chambre des communes*, 28<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., 25 mars 1970, aux pages 5470 et 5471. Une disposition habilitant la Cour fédérale à ordonner au Bureau des brevets de modifier ses registres relève directement du pouvoir de surveillance d’une cour dont la compétence est d’ordre fédéral.

[50] Comme elle a tranché la question de la compétence, la Cour fédérale n’a pas examiné le bien-fondé de la question au regard de l’article 52 de la *Loi sur les brevets*.

[51] Notre Cour a le pouvoir d’examiner le bien-fondé d’une demande et de rendre la décision que la Cour



made: *Federal Courts Act*, subparagraph 52(b)(i). The record before this Court is complete and so it should do so. None of the factors that would justify remitting the matter to the Federal Court are present here: *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2016 FCA 161, 400 D.L.R. (4th) 723, at paragraphs 153–157.

[52] For the purposes of determining title, the only facts that the Court needs to rely upon are not in dispute. The background is set out in the reasons of the Federal Court, at paragraphs 3–5. The appellant fairly concedes that the chain of title up until 2010 is somewhat “murky”. But the appellant says that the facts thereafter are clear and are all that the Court needs to consider to determine the issue of title for the purposes of section 52 of the *Patent Act*. I agree.

[53] On December 15, 2010, Dr. Markels, the original owner and inventor of Canadian Patent No. 2222058, signed an agreement which conceded Mr. Baker was the owner of the Patent. As far as title is concerned, that is the starting point.

[54] The agreement, by clause 4, incorporated, unchanged, a reversionary clause found in a 2007 agreement. Under that 2007 agreement, there were a number of conditions which, if breached, required the reassignment of the Patent to Dr. Markels. One was the continued payment of royalties.

[55] It is common ground that Mr. Baker made his last royalty payment in 2011. Thus, Dr. Markels was entitled to ask for the assignment of the Canadian Patent to him at any time after January 1, 2012, in accordance with clause 4. He did so, on May 12, 2015. Mr. Baker refused.

[56] In 2015, Dr. Markels signed an agreement with the appellant, purporting to assign the rights to the Patent to the appellant. Under the agreement, Dr. Markels agreed to take steps to remove the respondent as registered owner of the Patent. He prepared a reassignment but Mr. Baker never signed it.

fédérale aurait dû rendre : *Loi sur les Cours fédérales*, sous-alinéa 52b)(i). Le dossier dont nous sommes saisis est complet et nous devons rendre une décision. Aucun des facteurs qui pourrait justifier que l’affaire soit renvoyée à la Cour fédérale n’est présent en l’espèce : *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2016 CAF 161, aux paragraphes 153 à 157.

[52] Afin de se prononcer sur la propriété d’un brevet, les seuls faits sur lesquels la Cour doit se fonder ne sont pas contestés. Dans ses motifs, la Cour fédérale a énoncé les faits pertinents, aux paragraphes 3 à 5. L’appelante reconnaît à juste titre que, jusqu’en 2010, la chaîne de titres est quelque peu « obscure ». Elle mentionne toutefois que, par la suite, les faits sont clairs et sont tout ce que la Cour doit prendre en compte pour trancher la question du titre pour l’application de l’article 52 de la *Loi sur les brevets*. Je partage cet avis.

[53] Le 15 décembre 2010, le D<sup>r</sup> Markels, le propriétaire original et l’inventeur du brevet canadien n° 2222058, a signé une entente qui reconnaissait que M. Baker était propriétaire du brevet. Dans la mesure où cela a trait au titre, il s’agit du point de départ.

[54] Aux termes de la clause 4, l’entente a intégré, sans la modifier, une clause réversive figurant dans une entente de 2007. Selon un certain nombre de conditions prévues à l’entente de 2007, en cas de non-respect, le brevet serait rétrocédé au D<sup>r</sup> Markels. L’une de ces conditions était le paiement continu des redevances.

[55] Nul ne conteste que M. Baker a effectué son dernier paiement de redevances en 2011. Ainsi, le D<sup>r</sup> Markels avait le droit de demander que lui soit cédé le brevet canadien en tout temps après le 1<sup>er</sup> janvier 2012, conformément à la clause 4, ce qu’il a fait le 12 mai 2015. M. Baker a refusé.

[56] En 2015, le D<sup>r</sup> Markels a signé une entente avec l’appelante visant à céder à cette dernière les droits sur le brevet. Aux termes de l’entente, le D<sup>r</sup> Markels a convenu de prendre des mesures pour retirer le nom de l’intimé à titre de propriétaire inscrit du brevet. Il a préparé un document de rétrocession que M. Baker n’a jamais signé.

[57] The foregoing shows that Dr. Markels gained title to the Patent and, under the 2015 agreement, the appellant is now the owner. The records of the Patent Office should reflect this.

[58] Accordingly, the Commissioner of Patents should vary the entry in the records of the Patent Office relating to the title of the Patent and to list the appellant as the owner thereof.

[59] We have been advised that there are proceedings pending elsewhere. No one has sought to stay this matter for that reason and so we are bound to decide it. Depending on conflict of laws principles—which were not fully argued before us—it may be that ownership determinations may be made in those proceedings. Again, according to conflict of laws principles, those determinations may have relevance to the issue of what the records of the Patent Office in Canada should reflect. Thus, the decision in this case should not foreclose any application made by any party in the future to vary the records of the Patent Office to reflect the correct legal state of affairs.

[60] Both parties allege that elevated costs are warranted against the other. In my view, none of the conduct alleged by either party rises to a level attracting an elevated cost award.

[61] Enhanced costs, such as solicitor-client costs, are generally awarded where there has been reprehensible, scandalous or outrageous misconduct connected with the litigation: see, e.g., *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at page 864, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193. The conduct of the respondent does not rise to this high threshold.

[62] Therefore, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court in file T-1620-15, grant the application and direct the Commissioner of Patents to vary the entry in the records of the Patent Office relating to the title of Canadian Patent No. 2222058 to list

[57] Ce qui précède démontre que le D<sup>r</sup> Markels a obtenu le titre de propriété du brevet, et qu'aux termes de l'entente de 2015, l'appelante en est maintenant la propriétaire. Les registres du Bureau des brevets devraient refléter cette situation.

[58] Par conséquent, le commissaire aux brevets doit modifier l'inscription, dans les registres du Bureau des brevets, du titre du brevet, et inscrire l'appelante comme propriétaire du brevet.

[59] Nous avons été informés que des instances sont en cours ailleurs. Personne n'a cherché à suspendre l'espèce pour ce motif, et nous sommes donc tenus de nous prononcer sur la question. Selon les principes de conflit de lois qui n'ont pas été pleinement débattus devant nous, il se peut que les questions de détermination de la propriété soient tranchées dans ces instances. Une fois encore, selon les principes de conflit de lois, ces décisions peuvent être pertinentes en ce qui a trait à la question de savoir ce que les registres du Bureau des brevets au Canada devraient indiquer. La décision en l'espèce ne doit donc pas empêcher une partie de présenter ultérieurement une demande visant à modifier les registres du Bureau des brevets pour refléter la situation juridique appropriée.

[60] Les deux parties soutiennent que des dépens élevés doivent être adjugés à l'égard l'une de l'autre. Je suis d'avis que ni l'une ni l'autre des parties ne se sont conduites de façon à atteindre le seuil requis pour l'adjudication de dépens élevés.

[61] Des dépens majorés, comme les dépens procureur-client, ne sont généralement accordés qu'en cas de conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante liée à l'instance : voir, par exemple, l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, à la page 864. La conduite de l'intimée n'atteint pas ce seuil élevé.

[62] Par conséquent, j'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision de la Cour fédérale dans le dossier T-1620-15, j'accueillerais la demande et j'ordonnerais au commissaire aux brevets de modifier l'inscription, dans les registres du Bureau des brevets, du titre du brevet canadien

the appellant, SALT Canada Inc., as the owner thereof. I would award the appellant its costs here and below at the mid-range of Column III of Tariff B [of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106].

NEAR J.A.: I agree.

WOODS J.A.: I agree

n°2222058 pour y inscrire l'appelante SALT Canada Inc. comme propriétaire du brevet. J'accorderais à l'appelante ses dépens pour la présente instance et pour l'instance inférieure, calculés selon le milieu de la fourchette des valeurs de la colonne III du tarif B [des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106].

LE JUGE NEAR, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

LA JUGE WOODS, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

T-1766-16  
2020 FC 817

T-1766-16  
2020 CF 817

**ABB Inc. (Plaintiff)**

**ABB Inc. (demanderesse)**

v.

c.

**Canadian National Railway Company and CSX Transportation, Inc. (Defendants)**

**Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et CSX Transportation, Inc. (défenderesses)**

**INDEXED AS: ABB. INC. v. CANADIAN NATIONAL RAILWAY COMPANY**

**RÉPERTORIÉ : ABB. INC. c. COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA**

Federal Court, Grammond J.—By videoconference, June 2–3; Ottawa, August 6, 2020.

Cour fédérale, juge Grammond—Par vidéoconférence, 2 et 3 juin; Ottawa, 6 août 2020.

*Transportation — Action for damages resulting from accident occurring when plaintiff's electrical transformer transported by rail from Quebec to Kentucky — Plaintiff contracting with defendant Canadian National (defendant) for transportation of electrical transformer from Quebec to customer's facilities in U.S. — Defendant retaining services of other defendant CSX Transportation, Inc. (CSXT) for American leg of journey — Transformer damaged while carried by CSXT — Both defendants operating railway networks, one in Canada, other in U.S. — In 2011, plaintiff, defendant signing "Confidential Transportation Agreement" (2011 agreement), which limited defendant's liability in respect of carriage of plaintiff's dimensional loads — 2011 agreement still in force when facts of case taking place — In March 2015, plaintiff issued purchase order to defendant (2015 agreement), referencing price quoted by defendant in initial proposal — Later, five days after taking possession of cargo, defendant issued tariff reflecting terms of 2015 agreement, containing same limitation of liability in initial proposal respecting carriers involved in route — Plaintiff dealing only with defendant; not dealing with CSXT — Plaintiff providing dimensions of transformer to defendant, which provided them to CSXT — Each carrier performing clearance check — In October 2015, transformer delivered to defendant in Quebec, which carried it to Buffalo, New York; then transformer handed to CSXT to carry to final destination in Kentucky — However, shortly before reaching destination, transformer hitting bridge, severely damaged — Both defendants denying owing anything; invoking limitation of liability clauses — Whether action should be allowed, more particularly, whether plaintiff having claim against defendant; whether defendant liable for CSXT's negligence; whether CSXT negligent; whether plaintiff having claim against CSXT — Since Canada Transportation Act, Railway Traffic Liability Regulations not providing answer to all questions in issue in present matter; applicable provincial law applied as background to Act — In present case, factors showing that*

*Transports — Action en dommages-intérêts intentée à la suite d'un accident survenu lorsque le transformateur électrique de la demanderesse a été transporté par train du Québec au Kentucky — La demanderesse a conclu un contrat avec la défenderesse Canadien national (la défenderesse) pour que celle-ci transporte un transformateur électrique depuis son usine au Québec jusqu'aux installations de son client situées aux États-Unis — La défenderesse a retenu les services de l'autre défenderesse CSX Transportation, Inc. (CSXT) pour le segment du trajet effectué aux États-Unis — Le transformateur a été endommagé lors de son transport par CSXT — Les deux défenderesses exploitent des réseaux ferroviaires, l'une au Canada et l'autre, aux États-Unis — En 2011, la demanderesse et la défenderesse ont signé un « accord de transport confidentiel » (l'accord de 2011), qui limitait la responsabilité de la défenderesse concernant le transport de chargements exceptionnels — L'accord de 2011 était encore en vigueur à l'époque des faits en cause — En mars 2015, la demanderesse a émis un bon de commande à l'intention de la défenderesse (accord de 2015), dans lequel il était fait mention du prix établi par la défenderesse dans l'offre initiale — Par la suite, cinq jours après avoir pris possession de la cargaison, la défenderesse a émis un tarif qui reflétait les conditions de l'accord de 2015 et contenait la même limitation de responsabilité que la proposition initiale en ce qui concerne les transporteurs affichés sur l'itinéraire — La demanderesse a seulement fait affaire avec la défenderesse; elle n'a pas communiqué avec CSXT — La demanderesse a fourni les dimensions du transformateur à la défenderesse, qui les a communiquées à CSXT — Chaque transporteur a effectué une vérification du dégagement — En octobre 2015, la défenderesse a pris possession du transformateur au Québec et l'a transporté jusqu'à Buffalo (New York); elle l'a remis à CSXT, qui l'a ensuite transporté jusqu'à sa destination finale au Kentucky — Cependant, peu de temps avant son arrivée à destination, le transformateur a heurté un pont et a été sérieusement endommagé — Les deux défenderesses ont*

*plaintiff-defendant contracts having closest, substantial connection with Quebec — With respect to applicable limitation of liability, while 2011, 2015 agreements conceptually separate, remaining related — 2011 agreement setting parties' terms of future contractual relationships, defining parameters of limitation of liability — 2015 agreement not displacing 2011 agreement; even if considered "separate agreement", not complying with Act, s. 137 because not signed by shipper — Plaintiff succeeding in establishing that defendant liable for CSXT's negligence on basis of Regulations, s. 8 — Regulations, s. 8 rendering defendant liable for damage to goods while in CSXT's possession provided, pursuant to 2011 agreement, negligence proven — Concerning CSXT's negligence, CSXT could not escape liability by blaming accident in present case on computer — Thus, CSXT found negligent, which triggered exception to limitation of liability provided for in 2011 agreement — Under provisions of Regulations governing successive carriers, defendant liable for damage caused by CSXT's negligence — Also, CSXT bound by plaintiff-defendant contract, including limitation of liability that excluded cases of negligence — Since CSXT negligent, liable to plaintiff to compensate damage resulting from accident — Action allowed.*

*Railways — Accident occurring when plaintiff's electrical transformer transported from Quebec to Kentucky — Canadian National (defendant) transporting transformer by rail from Quebec to New York; other defendant, CSX Transportation, Inc. (CSXT) transporting transformer by rail to Kentucky — Before journey, plaintiff providing dimensions of transformer to defendant, which provided them to CSXT — Each carrier performing clearance check — Transformer damaged while transported by CSXT after hitting bridge — Both defendant, CSXT denying owing anything; invoking limitation of liability clauses in 2015 agreement — Plaintiff's claim against defendant based on proposition that: (1) applicable limitation of liability*

*nié toute responsabilité; elles ont invoqué les clauses de limitation de responsabilité — Il s'agissait de savoir si l'action devrait être accueillie et, plus particulièrement, si la demanderesse avait un recours contre la défenderesse; si la défenderesse était responsable de la négligence de CSXT; si CSXT a fait preuve de négligence; et si la demanderesse avait un recours contre CSXT — Étant donné que la Loi sur le transport au Canada et le Règlement sur la responsabilité à l'égard du transport ferroviaire des marchandises n'ont pas apporté une réponse à toutes les questions en litige, il a fallu déterminer le droit provincial qui s'appliquait en arrière-plan de la Loi — En l'espèce, des facteurs ont montré que les contrats conclus entre la demanderesse et la défenderesse présentaient le lien le plus étroit et le plus important avec le Québec — En ce qui concerne la limitation de responsabilité applicable, bien que les accords de 2011 et de 2015 aient été conceptuellement distincts, ils demeuraient liés — En concluant l'accord de 2011, les parties ont déterminé certaines modalités de leurs relations contractuelles futures et ont défini les paramètres de la limitation de responsabilité — L'accord de 2015 n'a pas écarté celui de 2011; l'accord de 2015, même s'il devait être considéré comme un « accord distinct », n'était pas conforme à l'art. 137 de la Loi, car il n'était pas signé par l'expéditeur — La demanderesse a réussi à démontrer que la défenderesse était responsable de la négligence de CSXT sur le fondement de l'art. 8 du Règlement — L'art. 8 du Règlement a rendu la défenderesse responsable des dommages subis par les marchandises pendant qu'elles étaient en la possession de CSXT, pourvu que, comme l'exige l'accord de 2011, la négligence soit prouvée — En ce qui concerne la négligence de CSXT, CSXT ne pouvait pas échapper à sa responsabilité en accusant son ordinateur d'avoir provoqué l'accident — Par conséquent, CSXT a fait preuve de négligence, ce qui a rendu applicable l'exception à la limitation de responsabilité prévue dans l'accord de 2011 — Selon les dispositions du Règlement qui régissent les transporteurs successifs, la défenderesse était responsable des dommages causés par la négligence de CSXT — En outre, CSXT était liée par le contrat conclu entre la demanderesse et la défenderesse, y compris en ce qui concerne sa limitation de responsabilité qui exclut les cas de négligence — Comme CSXT a fait preuve de négligence, elle devait indemniser la demanderesse pour le préjudice causé par l'accident — Action accueillie.*

*Chemins de fer — Un accident est survenu lorsque le transformateur électrique de la demanderesse a été transporté par train du Québec au Kentucky — Le Canadien national (défenderesse) a transporté le transformateur par train du Québec à New York; l'autre défenderesse, CSX Transportation, Inc. (CSXT), a transporté le transformateur par train jusqu'au Kentucky — Avant le début du trajet, la demanderesse a fourni les dimensions du transformateur à la défenderesse, qui les a communiquées à CSXT — Chaque transporteur a effectué une vérification du déchargement — Pendant son transport par CSXT, le transformateur a heurté un pont et a été sérieusement endommagé — La défenderesse et CSXT ont toutes deux nié toute responsabilité; elles*

found in 2011 agreement, making exception for cases of negligence; (2) defendant liable for damage sustained by transformer while carried by CSXT — Given that Canada Transportation Act, Railway Traffic Liability Regulations not providing answer to all questions in issue in present matter, applicable provincial law applied as background to Act — Applicable law was that of defendant's establishment, namely Quebec law — 2011, 2015 agreements plaintiff, defendant entering into related — 2011 agreement setting parties' terms of future contractual relationships, defining parameters of limitation of liability — 2015 agreement involving transportation of transformer by defendant; not displacing 2011 agreement — In any event, 2015 agreement not complying with Act, s. 137 since not signed by shipper (plaintiff) — Plaintiff succeeding in establishing that defendant liable for CSXT's negligence on basis of Regulations, s. 8 — 2011 agreement only dealing with limitation of liability, not excluding Regulations in entirety — Thus, Regulations, s. 8(1) rendering defendant liable for damage to goods in CSXT's possession provided, pursuant to 2011 agreement, negligence proven — Since CSXT found negligent, exception to limitation of liability in 2011 agreement triggered — Under provisions of Regulations governing successive carriers, defendant liable for damage caused by CSXT's negligence — Plaintiff also establishing claim against CSXT since CSXT bound by plaintiff-defendant contract, including limitation of liability that excluded cases of negligence — Since CSXT negligent, liable to plaintiff to compensate damage resulting from accident.

Civil Code — Plaintiff's electrical transformer damaged while transported by rail from Quebec to Kentucky — Defendant Canadian National (defendant), Canadian corporation headquartered in Montreal, Quebec; operating railway network situated mainly in Canada — Defendant CSX Transportation, Inc. (CSXT) incorporated under U.S. laws, operating railway network situated mainly in U.S. — Defendant retaining services of CSXT for American leg of journey — Plaintiff dealing only with defendant, not with CSXT regarding transportation of transformer — Entering into agreement with defendant — Plaintiff providing dimensions of transformer to

ont invoqué les clauses de limitation de responsabilité contenues dans l'accord de 2015 — L'action intentée par la demanderesse contre la défenderesse était fondée sur deux propositions : 1) la limite de responsabilité applicable était celle qui figure dans l'accord de 2011, dans lequel une exception était prévue en cas de négligence; 2) la défenderesse était responsable des dommages subis par le transformateur alors que son transport était assuré par CSXT — Étant donné que la Loi sur le transport au Canada et le Règlement sur la responsabilité à l'égard du transport ferroviaire des marchandises n'ont pas apporté une réponse à toutes les questions en litige, il a fallu déterminer le droit provincial qui s'appliquait en arrière-plan de la Loi — Le droit applicable était celui du lieu de résidence ou d'établissement de la défenderesse, à savoir le droit québécois — Les accords de 2011 et de 2015 conclus entre la demanderesse et la défenderesse étaient liés — En concluant l'accord de 2011, les parties ont déterminé certaines modalités de leurs relations contractuelles futures et ont défini les paramètres de la limitation de responsabilité — L'accord de 2015 portait sur le transport du transformateur par la défenderesse; il n'a pas écarté celui de 2011 — Quoi qu'il en soit, l'accord de 2015 n'était pas conforme à l'art. 137 de la Loi, car il n'était pas signé par l'expéditeur (la demanderesse) — La demanderesse a réussi à démontrer que la défenderesse était responsable de la négligence de CSXT sur le fondement de l'art. 8 du Règlement — L'accord de 2011 ne traitait que de la limitation de la responsabilité; il n'écartait pas le Règlement dans son intégralité — Par conséquent, l'art. 8(1) du Règlement a rendu la défenderesse responsable des dommages subis par les marchandises pendant qu'elles étaient en la possession de CSXT, pourvu que, comme l'exige l'accord de 2011, la négligence soit prouvée — CSXT a fait preuve de négligence, ce qui a rendu applicable l'exception à la limitation de responsabilité prévue dans l'accord de 2011 — Selon les dispositions du Règlement qui régissent les transporteurs successifs, la défenderesse était responsable des dommages causés par la négligence de CSXT — La demanderesse a établi également le bien-fondé de l'action intentée contre CSXT, puisque CSXT était liée par le contrat conclu entre la demanderesse et la défenderesse, y compris en ce qui concerne sa limitation de responsabilité qui exclut les cas de négligence — Comme CSXT a fait preuve de négligence, elle devait indemniser la demanderesse pour le préjudice causé par l'accident.

Code civil — Le transformateur électrique de la demanderesse a été endommagé lors de son transport par train du Québec au Kentucky — La défenderesse Canadien national (défenderesse) est une société canadienne dont le siège social est situé à Montréal (Québec); elle exploite un réseau ferroviaire qui se trouve principalement au Canada — La défenderesse CSX Transportation, Inc. (CSXT) est constituée en société en application des lois des États-Unis et exploite un réseau ferroviaire qui se trouve principalement aux États-Unis — La défenderesse a retenu les services de CSXT pour le segment du trajet effectué aux États-Unis — La demanderesse a seulement fait affaire

*defendant, which provided them to CSXT — Each carrier performing clearance check — Transformer delivered to defendant in Quebec, which carried it to Buffalo, New York; then handed over to CSXT, which carried it to final destination in Kentucky — Whether plaintiff having claim against CSXT — Basis for plaintiff's claim that CSXT bound by contract between plaintiff, defendant through mechanism of contractual extension set forth in Civil Code of Quebec (CCQ) — Quebec law applying to relationship between plaintiff, CSXT — Canada Transportation Act, Railway Traffic Liability Regulations not stating that shipper having direct claim against connecting carrier, silent on issue — Regulations, s. 8(4) inviting application of provincial law to issue — Relevant provisions of Civil Code deeming connecting or "substitute" carrier party to contract between shipper, originating carrier (CCQ, art. 2031, 2035) — By accepting to carry transformer, CSXT becoming party to contract defendant concluding with plaintiff — Because only one contract existing, terms governing relationship between CSXT, plaintiff same as those binding defendant, plaintiff — Therefore, limitation of liability between defendant, plaintiff also applying in favour of CSXT but subject to same exceptions.*

This was an action for damages resulting from an accident that occurred when the plaintiff's electrical transformer was transported by rail from Quebec to Kentucky. The plaintiff, a manufacturer of electrical equipment, contracted with the defendant CN (defendant) for the transportation of an electrical transformer from its plant in Varennes, Quebec, to its customer's facilities in the United States. The defendant, in turn, retained the services of the defendant CSXT (CSXT) for the American leg of the journey. While carried by CSXT, the transformer was damaged.

The plaintiff is a Canadian corporation and has its headquarters in Varennes, Quebec, where it manufactures electrical equipment. The defendant is a Canadian corporation and has its headquarters in Montreal, Quebec. It operates a railway network situated mainly in Canada. CSXT is incorporated under the laws of Virginia and has its headquarters in Florida. It operates a railway network situated mainly in the United States. Some of the equipment manufactured by the plaintiff is large and heavy and thus special arrangements must be made for their transportation

*avec la défenderesse et elle n'a pas communiqué avec CSXT relativement au transport du transformateur — Elle a conclu un accord avec la défenderesse — La demanderesse a fourni les dimensions du transformateur à la défenderesse, qui les a communiquées à CSXT — Chaque transporteur a effectué une vérification du dégagement — La défenderesse a pris possession du transformateur au Québec et l'a transporté jusqu'à Buffalo (New York) où elle l'a remis à CSXT, qui l'a ensuite transporté jusqu'à sa destination finale au Kentucky — Il s'agissait de savoir si l'action intentée par la demanderesse contre CSXT devait être accueillie — La demanderesse a fait valoir que CSXT était liée par le contrat conclu entre la demanderesse et la défenderesse, par le biais d'un mécanisme d'extension contractuelle prévu par le Code civil du Québec (CCQ) — Le droit québécois régissait les relations entre la demanderesse et CSXT — La Loi sur le transport au Canada et le Règlement sur la responsabilité à l'égard du transport ferroviaire des marchandises n'indiquent pas que l'expéditeur peut intenter directement une action contre un transporteur correspondant; ils demeurent silencieux à ce sujet — L'art. 8(4) du Règlement incite à appliquer le droit privé provincial à cette question — Les dispositions pertinentes du Code civil font en sorte que le transporteur correspondant ou « substitué » soit réputé être partie au contrat conclu entre l'expéditeur et le transporteur initial (art. 2031 et 2035 du CCQ) — En acceptant de transporter le transformateur, CSXT est devenue partie au contrat que la défenderesse avait conclu avec la demanderesse — Comme il n'y avait qu'un seul contrat, les modalités régissant la relation entre CSXT et la demanderesse devaient être les mêmes que celles qui liaient la défenderesse et la demanderesse — Par conséquent, la limitation de responsabilité entre la défenderesse et la demanderesse s'appliquait aussi en faveur de CSXT, mais sous réserve des mêmes exceptions.*

Il s'agissait d'une action en dommages-intérêts intentée à la suite d'un accident survenu lorsque le transformateur électrique de la demanderesse a été transporté par train du Québec au Kentucky. La demanderesse, qui fabrique du matériel électrique, a conclu un contrat avec la défenderesse CN (la défenderesse) pour que celle-ci transporte un transformateur électrique depuis son usine à Varennes (Québec) jusqu'aux installations de son client situées aux États-Unis. La défenderesse, quant à elle, a retenu les services de la défenderesse CSXT (CSXT) pour le segment du trajet effectué aux États-Unis. Lors du transport assuré par CSXT, le transformateur a été endommagé.

La demanderesse est une société canadienne dont le siège social se trouve à Varennes (Québec), où elle fabrique du matériel électrique. La défenderesse est une société canadienne dont le siège social est situé à Montréal (Québec). Elle exploite un réseau ferroviaire qui se trouve principalement au Canada. CSXT est constituée en société en application des lois de la Virginie et a son siège social en Floride. Elle exploite un réseau ferroviaire qui se trouve principalement aux États-Unis. Une partie du matériel fabriqué par la demanderesse est volumineux et

and delivery to its clients, which is why the plaintiff frequently retains the defendant's services. In December 2011, the plaintiff and defendant signed a "Confidential Transportation Agreement" (the 2011 agreement), which limits the defendant's liability in respect of the carriage of dimensional loads. This agreement was made for a period of one year and was automatically renewable for subsequent one-year periods. It was still in force when the facts of this case took place. In the proposal the defendant issued to the plaintiff for the transportation of the plaintiff's electrical transformer, a note was included indicating "For Limited Liability of \$USD 25,000.00". In March 2015, the plaintiff issued a purchase order to the defendant (2015 agreement), referencing the price quoted by the defendant in the initial proposal. In October 2015, five days after taking possession of the cargo, the defendant issued a tariff reflecting the terms of the 2015 agreement and contained the mention "Rate includes limited liability coverage of \$25,000 USD while handled by Carriers shown in route". Since the defendant's network does not extend to Kentucky, it was necessary to retain CSXT's services for the American leg of the journey. The plaintiff, however, dealt only with the defendant; it did not have direct communications with CSXT with respect to this movement. Before the journey began, the plaintiff provided the dimensions of the transformer to the defendant, which, in turn, provided them to CSXT. Each carrier performed a clearance check to ensure that the dimensions of the load would not exceed the available clearance of various obstructions found along the proposed route, most importantly the height of bridges. The transformer was delivered to the defendant in Quebec, which carried it to Buffalo, New York; then, it was handed over to CSXT, which then carried it to its final destination in Kentucky. However, shortly before reaching destination, the transformer hit a bridge and was severely damaged. It appears that CSXT's software failed to identify the insufficient height of that bridge.

The defendant denied owing anything since it delivered the transformer in good condition to CSXT. It also invoked the limitation of liability clauses contained in the July 2014 proposal and in the October 2015 tariff or, in the alternative, in the 2011 agreement. CSXT also denied owing anything, arguing that it had no direct contractual relationship with the plaintiff. It also invoked limitation of liability clauses contained in its tariff or in an agreement with the plaintiff settling litigation regarding a different shipment.

The main issues were whether the action should be allowed and, more particularly, whether the plaintiff had a claim against the defendant; whether the defendant was liable for CSXT's

lourd et son transport et sa livraison aux clients de la demanderesse nécessitent des dispositions spéciales. À cette fin, la demanderesse retient souvent les services de la défenderesse. En décembre 2011, la demanderesse et la défenderesse ont signé un « accord de transport confidentiel » (l'accord de 2011) qui limite la responsabilité de la défenderesse concernant le transport de chargements exceptionnels. Cet accord a été conclu pour une période d'un an et était automatiquement renouvelable pour des périodes subséquentes d'un an. Il était encore en vigueur à l'époque des faits en cause. L'offre que la défenderesse a communiqué à la demanderesse pour le transport du transformateur électrique de la demanderesse contenait la mention « Pour une responsabilité limitée de 25 000 \$ US ». En mars 2015, la demanderesse a émis un bon de commande à l'intention de la défenderesse (accord de 2015), dans lequel il était fait mention du prix établi par la défenderesse dans l'offre initiale. En octobre 2015, cinq jours après avoir pris possession de la cargaison, la défenderesse a émis un tarif qui reflétait les conditions de l'accord de 2015 et contenait la mention « Ce tarif comprend une responsabilité limitée de 25 000 \$ US pendant la durée du transport assuré par les transporteurs affichés sur l'itinéraire ». Étant donné que le réseau de la défenderesse ne s'étend pas jusqu'au Kentucky, il a fallu retenir les services de CSXT pour le segment du trajet effectué aux États-Unis. La demanderesse, toutefois, a seulement fait affaire avec la défenderesse. Elle n'a pas communiqué directement avec CSXT relativement à ce déplacement. Avant le début du trajet, la demanderesse a fourni les dimensions du transformateur à la défenderesse qui, à son tour, les a communiquées à CSXT. Chaque transporteur a effectué une vérification du dégagement pour s'assurer que les dimensions du chargement ne dépasseraient pas le dégagement de divers obstacles présents sur l'itinéraire proposé, notamment la hauteur des ponts. La défenderesse a pris possession du transformateur au Québec et l'a transporté jusqu'à Buffalo (New York) où elle l'a remis à CSXT, qui l'a ensuite transporté jusqu'à sa destination finale au Kentucky. Cependant, peu de temps avant son arrivée à destination, le transformateur a heurté un pont et a été sérieusement endommagé. Il semble que le logiciel de CSXT a omis d'indiquer la hauteur insuffisante de ce pont.

La défenderesse a nié toute responsabilité, car elle a livré à CSXT le transformateur en bon état. Elle a invoqué aussi les clauses de limitation de responsabilité contenues dans l'offre de juillet 2014 et dans le tarif d'octobre 2015 ou, à titre subsidiaire, dans l'accord de 2011. CSXT a rejeté aussi toute responsabilité, en faisant valoir qu'elle n'avait pas de relation contractuelle directe avec la demanderesse. Elle a invoqué également les clauses de limitation de responsabilité contenues dans son tarif ou dans un accord avec la demanderesse qui réglait un litige concernant une autre cargaison.

Il s'agissait principalement de savoir si l'action devrait être accueillie et, plus particulièrement, si la demanderesse avait un recours contre la défenderesse; si la défenderesse était



negligence; whether CSXT was negligent; and whether the plaintiff had a claim against CSXT.

*Held*, the action should be allowed.

The plaintiff's claim against the defendant was based on two main propositions: first, that the applicable limitation of liability was the one found in the 2011 agreement and made an exception for cases of negligence; second, that the defendant was liable for damage sustained by the transformer while it was carried by CSXT. The defendant disputed both propositions. Given that the *Canada Transportation Act* and the *Railway Traffic Liability Regulations* did not provide the answer to all questions in issue in this matter, the applicable provincial law as a background to the Act had to be determined. The applicable law was that of the defendant's residence or establishment, namely, Quebec law. In this case, a number of factors showed that the plaintiff-defendant contracts had the closest and most substantial connection with Quebec as opposed to any other Canadian province. With respect to the applicable limitation of liability, while the 2011 and 2015 agreements are conceptually separate, they remained related and had to be analysed together. By entering into the 2011 agreement, the parties set certain terms of their future contractual relationships and defined the parameters of the limitation of liability. The plaintiff and the defendant are in a long-term, repetitive contractual relationship. The 2011 agreement is a formal, written agreement, bearing the signature of the parties. Its preamble explains the context and purpose of the agreement: the desire of the parties to limit the defendant's liability for the transportation of the plaintiff's dimensional loads, in conformity with section 137 of the Act. The obvious intention of the parties was to stipulate a standard term for all future contracts for the carriage of dimensional loads that would be made while this agreement remained in force. Based on the evidence, the 2011 agreement defined the parameters of the limitation of liability to which the parties intended to subject themselves. The defendant's argument that the 2015 agreement displaced the 2011 agreement disregarded the purpose of the 2011 agreement and rendered it meaningless. Thus, the 2011 and 2015 agreements were compatible if the "limitation of liability" in the latter was read as a reference to the more fulsome term in the former. The 2015 agreement, even if it were considered as a "separate agreement", did not comply with section 137 of the Act because it was not "signed by the shipper." The aspect of section 137 requiring a written agreement signed by the shipper is intended to ensure that shippers are properly informed of the applicable limitations of liability.

responsable de la négligence de CSXT; si CSXT a fait preuve de négligence; et si la demanderesse avait un recours contre CSXT.

*Jugement* : l'action doit être accueillie.

L'action intentée par la demanderesse contre la défenderesse était fondée sur deux propositions principales : premièrement, la limite de responsabilité applicable était celle qui figurait dans l'accord de 2011, dans lequel une exception était prévue en cas de négligence et, deuxièmement, la défenderesse était responsable des dommages subis par le transformateur lors de son transport assuré par CSXT. La défenderesse a contesté les deux propositions. Étant donné que la *Loi sur le transport au Canada* et le *Règlement sur la responsabilité à l'égard du transport ferroviaire des marchandises* n'ont pas apporté une réponse à toutes les questions en litige, il a fallu déterminer le droit provincial qui s'appliquait en arrière-plan de la Loi. Le droit applicable était celui du lieu de résidence ou d'établissement de la défenderesse, à savoir le droit québécois. En l'espèce, un certain nombre de facteurs ont montré que les contrats conclus entre la demanderesse et la défenderesse présentaient le lien le plus étroit et le plus important avec le Québec, et non avec une autre province canadienne. En ce qui concerne la limitation de responsabilité applicable, bien que les accords de 2011 et de 2015 aient été conceptuellement distincts, ils n'en demeuraient pas moins liés et devaient être analysés ensemble. En concluant l'accord de 2011, les parties ont déterminé certaines modalités de leurs relations contractuelles futures et ont défini les paramètres de la limitation de responsabilité. La demanderesse et la défenderesse ont une relation contractuelle répétitive et de longue durée. L'accord de 2011 est un accord écrit formel signé par les parties. Son préambule explique le contexte et l'objectif de l'accord : le souhait des parties de limiter la responsabilité de la défenderesse pour le transport des chargements exceptionnels de la demanderesse, conformément à l'article 137 de la Loi. L'intention évidente des parties était d'établir une clause standard de tous les futurs contrats de transport de chargements exceptionnels qui seraient conclus pendant que cet accord demeurerait en vigueur. D'après la preuve, l'accord de 2011 a défini les paramètres de la limitation de responsabilité à laquelle les parties entendaient s'assujettir. L'argument de la défenderesse, selon lequel l'accord de 2015 a écarté celui de 2011, ne tenait pas compte de l'objectif de l'accord de 2011 et le vidait de son sens. Par conséquent, l'accord de 2011 et celui de 2015 étaient compatibles si la « limitation de responsabilité » dans le second accord renvoyait à la clause plus complète contenue dans le premier. L'accord de 2015, même s'il devait être considéré comme un « accord distinct », n'était pas conforme à l'article 137 de la Loi, car il n'était pas « signé [...] par l'expéditeur ». L'aspect de l'article 137 qui exige un accord écrit signé par l'expéditeur vise à s'assurer que les expéditeurs sont correctement informés des limites de responsabilité applicables.

The plaintiff succeeded in establishing that the defendant was liable for CSXT's negligence on the basis of section 8 of the Regulations, which deals with the situation where goods are successively carried by more than one carrier. Where an agreement made pursuant to subsection 137(1) of the Act deals with a single specific issue, it prevails over the provisions of the Regulations that deal with that specific issue. However, it does not oust the Regulations in their entirety. In this case, the 2011 agreement dealt with a single issue—limitation of liability. It ousted section 4 of the Regulations, inasmuch as the latter provided for liability without limitation. It said nothing regarding other topics covered by the Regulations, in particular the liability of successive carriers. Nothing in the 2011 agreement suggested that the plaintiff and defendant intended to deal with anything other than the limitation of liability or to exclude the Regulations in their entirety. As a result, subsection 8(1) of the Regulations rendered the defendant liable for damage to the goods while in CSXT's possession, provided, pursuant to the 2011 agreement, that negligence was proven.

Concerning CSXT's negligence, "negligence", in the 2011 agreement was used in the contractual context. CSXT could not escape liability by blaming the accident in this case on its computer. It used software that, under certain circumstances, omitted to clear a bridge. CSXT could not complain that the plaintiff did not identify a standard of care as a prerequisite to its allegation of negligence. As a result, CSXT was negligent, which triggered the exception to the limitation of liability provided for in the 2011 agreement. Thus, under the provisions of the Regulations governing successive carriers, the defendant was liable for the damage caused by CSXT's negligence.

With respect to the plaintiff's claim against CSXT, the basis for this claim was that CSXT was bound by the contract between the plaintiff and the defendant through a mechanism of contractual extension set forth in the *Civil Code of Québec*. Quebec law applied to the relationship between the plaintiff and CSXT. The rules of private international law may result in the application of Quebec law to a situation connected with more than one jurisdiction. CSXT acknowledged that it was subject to Canadian law with respect to this case. It had to accept Canadian law in all its complexity, including the fact that federal legislation may need to be supplemented by the private law of the relevant province. Given the silence of the Regulations, the matter had to be decided according to provincial private law. The Act and Regulations do not state explicitly that the shipper has a direct claim against a connecting carrier but are silent on the issue. Subsection 8(4) of the Regulations preserves

La demanderesse a réussi à démontrer que la défenderesse était responsable de la négligence de CSXT sur le fondement de l'article 8 du Règlement, qui porte sur la situation où le transport des marchandises est effectué successivement par plus d'un transporteur. Lorsqu'un accord conclu en application du paragraphe 137(1) de la Loi traite d'une seule question bien circonscrite, il a préséance sur les dispositions du Règlement qui traitent de cette question précise. Cependant, il n'écarte pas le Règlement dans son intégralité. En l'espèce, l'accord de 2011 traitait d'une seule question : la limitation de la responsabilité. Il a supplanté l'article 4 du Règlement, dans la mesure où celui-ci prévoyait une responsabilité illimitée. Il ne disait rien sur d'autres sujets abordés par le Règlement, notamment la responsabilité de transporteurs successifs. Rien dans l'accord de 2011 n'indiquait que la demanderesse et la défenderesse avaient l'intention de traiter d'autre chose que de la limitation de responsabilité ou d'exclure le Règlement dans son intégralité. Par conséquent, le paragraphe 8(1) du Règlement a rendu la défenderesse responsable des dommages subis par les marchandises pendant qu'elles étaient en la possession de CSXT, pourvu que, comme l'exige l'accord de 2011, la négligence soit prouvée.

En ce qui concerne la négligence de CSXT, le terme « négligence », dans l'accord de 2011, a été utilisé dans le contexte contractuel. CSXT ne pouvait pas échapper à sa responsabilité en accusant son ordinateur d'avoir provoqué l'accident. Elle a utilisé un logiciel qui, dans certaines situations, a omis de vérifier le dégagement sous un pont. CSXT ne pouvait pas reprocher à la demanderesse de ne pas avoir établi une norme de diligence comme condition préalable à son allégation de négligence. Par conséquent, CSXT a fait preuve de négligence, ce qui a rendu applicable l'exception à la limitation de responsabilité prévue dans l'accord de 2011. Ainsi, selon les dispositions du Règlement qui régissent les transporteurs successifs, la défenderesse était responsable des dommages causés par la négligence de CSXT.

En ce qui concerne l'action intentée contre CSXT, la demanderesse a fait valoir que CSXT était liée par le contrat conclu entre la demanderesse et la défenderesse, par le biais d'un mécanisme d'extension contractuelle prévu par le *Code civil du Québec*. Le droit québécois régissait les relations entre la demanderesse et CSXT. Les règles du droit international privé peuvent rendre le droit québécois applicable à une situation qui possède des liens avec plus d'un ressort. CSXT a reconnu être assujettie au droit canadien en ce qui a trait au présent litige. Elle devait accepter le droit canadien dans toute sa complexité, y compris le fait qu'il peut être nécessaire de compléter les lois fédérales par un renvoi au droit privé de la province en cause. Étant donné le silence du Règlement, il a fallu trancher la question en se fondant sur le droit privé provincial. La Loi et le Règlement n'indiquent pas expressément que l'expéditeur peut intenter directement une action contre

the rights that a shipper may have against a carrier and invites the application of provincial private law to the issue. The relevant provisions of the Civil Code deem the connecting or “substitute” carrier a party to the contract between the shipper and the originating carrier (articles 2031, 2035). Article 2051 deals with the liability of the connecting carrier. By accepting to carry the transformer, CSXT became a party to the contract the defendant had concluded with the plaintiff. Because there was only one contract, the terms governing the relationship between CSXT and the plaintiff had to be the same as those binding the defendant and the plaintiff. Therefore, the limitation of liability between the defendant and the plaintiff also applied in favour of CSXT, but subject to the same exceptions. In summary, CSXT was bound by the plaintiff-defendant contract, including its limitation of liability that excluded cases of negligence. Since it was established that CSXT was negligent, it was liable to the plaintiff to compensate the damage resulting from the accident. As for the 2015 Settlement Agreement that was entered into between the plaintiff and CSXT and which limited CSXT’s liability, this was not an obstacle to the plaintiff’s claim against CSXT.

un transporteur correspondant. Ils demeurent silencieux à ce sujet. Le paragraphe 8(4) du Règlement protège les droits qu’un expéditeur pourrait avoir contre un transporteur et incite à appliquer le droit privé provincial à cette question. Les dispositions pertinentes du Code civil font en sorte que le transporteur correspondant ou « substitué » soit réputé être partie au contrat conclu entre l’expéditeur et le transporteur initial (articles 2031 et 2035). L’article 2051 porte sur la responsabilité du transporteur correspondant. En acceptant de transporter le transformateur, CSXT est devenue partie au contrat que la défenderesse avait conclu avec la demanderesse. Comme il n’y avait qu’un seul contrat, les modalités régissant la relation entre CSXT et la demanderesse devaient être les mêmes que celles qui liaient la défenderesse et la demanderesse. Par conséquent, la limitation de responsabilité entre la défenderesse et la demanderesse s’appliquait aussi en faveur de CSXT, mais sous réserve des mêmes exceptions. En résumé, CSXT était liée au contrat conclu entre la demanderesse et la défenderesse, y compris en ce qui concerne sa limitation de responsabilité qui excluait les cas de négligence. Comme CSXT a fait preuve de négligence, elle devait indemniser la demanderesse pour le préjudice causé par l’accident. En ce qui concerne l’accord de règlement de 2015 qui a été conclu par la demanderesse et CSXT et qui limitait la responsabilité de CSXT, cette limitation ne faisait pas obstacle à l’action intentée par la demanderesse contre CSXT.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Bills of Lading Act*, R.S.C., 1985, c. B-5, s. 2.  
*Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, ss. 87, 113, 117, 118, 119, 126, 137.  
*Civil Code of Québec*, CQLR, c. CCQ-1991, art. 1425, 1427, 1428, 1434, 1435, 1440, 1475, 1525, 1617, 1619, 2031, 2035, 2049, 2051, 2809, 2864, 3111, 3112, 3113.  
*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], ss. 91(29), 92(10)(a).  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 36, 37.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 241.  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 8.1.  
*Railway Traffic Liability Regulations*, SOR/91-488, ss. 4, 5, 8.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

- Canadian Pacific Railway Company v. Canexus Chemicals Canada*, 2015 FCA 283, [2016] 3 F.C.R. 427; *Seedling Life Science Ventures, LLC v. Pfizer Canada ULC*, 2020 FC 505, 172 C.P.R. (4th) 375.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Code civil du Québec*, RLRQ, ch. CCQ-1991, art. 1425, 1427, 1428, 1434, 1435, 1440, 1475, 1525, 1617, 1619, 2031, 2035, 2049, 2051, 2809, 2864, 3111, 3112, 3113.  
*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. 91(29), 92(10)(a).  
*Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 8.1.  
*Loi sur les connaissances*, L.R.C. (1985), ch. B-5, art. 2.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 36, 37.  
*Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10, art. 87, 113, 117, 118, 119, 126, 137.  
*Règlement sur la responsabilité à l’égard du transport ferroviaire des marchandises*, DORS/91-488, art. 4, 5, 8.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 241.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

- Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canexus Chemicals Canada*, 2015 CAF 283, [2016] 3 R.C.F. 427; *Seedling Life Science Ventures, LLC c. Pfizer Canada SRI*, 2020 CF 505.

## DISTINGUISHED:

2195002 *Ontario Inc. v. Tribute Resources Inc.*, 2012 ONSC 5412 (CanLII), 113 O.R. (3d) 67, affd 2013 ONCA 576, 117 O.R. (3d) 192.

## CONSIDERED:

*Desgagnés Transport Inc. v. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 SCC 58, 422 D.L.R. (4th) 600; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725; *St-Hilaire v. Canada (Attorney General)*, 2001 FCA 63, [2001] 4 F.C. 289; *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Segundo Casteleiro Y Colmenares*, [1967] S.C.R. 443, (1967), 62 D.L.R. (2d) 138; *STMicroelectronics Inc. v. Matrox Graphics Inc.*, 2007 QCCA 1784, [2008] R.J.Q. 73; *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12, (1993), 99 D.L.R. (4th) 577; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *Mitsubishi Heavy Industries Ltd. v. Canadian National Railway Company*, 2012 BCSC 1415, 38 B.C.L.R. (5th) 169; *Canadian Pacific Railway Company v. Boutique Jacob Inc.*, 2008 FCA 85, 375 N.R. 160; *Canadian National Railway Company v. Ace European Group Ltd.*, 2019 QCCA 1374; *Markevich v. Canada*, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94.

## REFERRED TO:

*Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1028, (1995), 41 C.R. (4th) 147; *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419; *Canadian National Railway Company v. Neptune Bulk Terminals (Canada) Ltd.*, 2006 BCSC 1073, 60 B.C.L.R. (4th) 96; *G.E.X.R. v. Shantz Station and Parrish & Heimbecker*, 2019 ONSC 1914 (CanLII); *Quebec North Shore Paper v. C.P. Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, (1976), 71 D.L.R. (3d) 111; *D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 52, [2005] 2 S.C.R. 564; *Canada v. Raposo*, 2019 FCA 208; *Canadian National Railway Company v. Sumitomo Marine & Fire Insurance Company Ltd.*, 2007 QCCA 985, [2007] R.J.Q. 1508; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada v. Compagnie d'arrimage de Québec ltée*, 2010 QCCQ 942, [2010] R.J.Q. 708; *JPMorgan Chase Bank v. Lanner (The)*, 2008 FCA 399, [2009] 4 F.C.R. 109; *Billards Dooly's inc. v. Entreprises Préboult ltée*, 2014 QCCA 842; *Grand Trunk Railway Co. of Canada v. McMillan* (1889), 16 S.C.R. 543; *Best v. Best*, 2016 NLCA 68, 84 R.F.L. (7th) 22; *Quickie Convenience Stores Corp. v. Parkland Fuel Corporation*, 2020 ONCA 453, 151 O.R. (3d) 778; *St-Paul Fire & Marine Insurance Company et Purolator Courier Ltd.*, 2008 QCCS 5428, affd 2010 QCCA 2109; *Moto Mon Voyage inc. c. Transport Gilmyr inc.*, 2018 QCCQ 4834.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

2195002 *Ontario Inc. v. Tribute Resources Inc.*, 2012 ONSC 5412 (CanLII), 113 O.R. (3d) 67, conf. par 2013 ONCA 576, 117 O.R. (3d) 192.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Transport Desgagnés inc. c. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 CSC 58; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725; *St-Hilaire c. Canada (Procureur général)*, 2001 CAF 63, [2001] 4 C.F. 289; *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Segundo Casteleiro Y Colmenares*, [1967] R.C.S. 443; *STMicroelectronics Inc. c. Matrox Graphics Inc.*, 2007 QCCA 1784, [2008] R.J.Q. 73; *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Mitsubishi Heavy Industries Ltd. v. Canadian National Railway Company*, 2012 BCSC 1415, 38 B.C.L.R. (5th) 169; *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Boutique Jacob Inc.*, 2008 CAF 85; *Canadian National Railway Company c. Ace European Group Ltd.*, 2019 QCCA 1374; *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1028; *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419; *Canadian National Railway Company v. Neptune Bulk Terminals (Canada) Ltd.*, 2006 BCSC 1073, 60 B.C.L.R. (4th) 96; *G.E.X.R. v. Shantz Station and Parrish & Heimbecker*, 2019 ONSC 1914 (CanLII); *Quebec North Shore Paper c. C.P. Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 52, [2005] 2 R.C.S. 564; *Canada c. Raposo*, 2019 CAF 208; *Canadian National Railway Company c. Sumitomo Marine & Fire Insurance Company Ltd.*, 2007 QCCA 985, [2007] R.J.Q. 1508; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Compagnie d'arrimage de Québec ltée*, 2010 QCCQ 942, [2010] R.J.Q. 708; *JPMorgan Chase Bank c. Lanner (Le)*, 2008 CAF 399, [2009] 4 R.C.F. 109; *Billards Dooly's inc. c. Entreprises Préboult ltée*, 2014 QCCA 842; *Grand Trunk Railway Co. of Canada v. McMillan* (1889), 16 R.C.S. 543; *Best v. Best*, 2016 NLCA 68, 84 R.F.L. (7th) 22; *Quickie Convenience Stores Corp. v. Parkland Fuel Corporation*, 2020 ONCA 453, 151 O.R. (3d) 778; *St-Paul Fire & Marine Insurance Company et Purolator Courier Ltd.*, 2008 QCCS 5428, conf. par 2010 QCCA 2109; *Moto Mon Voyage inc. c. Transport Gilmyr inc.*, 2018 QCCQ 4834.

## AUTHORS CITED

- Brisson, Jean-Maurice and André Morel, “Droit fédéral et droit civil: complémentarité, dissociation” (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 297.
- Denault, Philippe, *La recherche d’unité dans l’interprétation du droit privé fédéral: cadre juridique et fragments du discours judiciaire*, Montréal: Éditions Thémis, 2008. *Dictionnaires de droits privé en ligne*, « négligence » online: <<https://nimbus.mcgill.ca/pld-ddp/dictionary/show/16322>>.
- Glenn, H. Patrick, “The Common Law in Canada” (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 261.
- Jobin, Pierre-Gabriel, “Comment résoudre le casse-tête d’un groupe de contrats” (2012), 46 *R.J.T.* 9.
- Lluelles, Didier and Benoît Moore, *Droit des obligations*, 3rd ed. Montréal: Éditions Thémis, 2018.
- Mackaay, Ejan and Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, 2nd ed., Paris, Dalloz: Éditions Thémis, 2008.
- McNeil, John S. *Motor Carrier Cargo Claims*, 5th ed., Toronto: Thomson/Carswell, 2007.
- Pineau, Jean and Guy Lefebvre, *Le contrat de transport de marchandises: terrestre, maritime et aérien*, rev. ed., Montréal: Éditions Thémis, 2016.

ACTION for damages resulting from an accident that occurred when the plaintiff’s electrical transformer was transported by rail from Quebec to Kentucky. Action allowed.

## APPEARANCES

- Rui M. Fernandes* and *Andrea Fernandes* for plaintiff.
- Thomas G. Keast*, *Q.C.* for defendant Canadian National Railway Company.
- Darryl A. Cruz* and *Jacqueline Cole* for defendant CSX Transportation, Inc.

## SOLICITORS OF RECORD

- Fernandes Hearn LLP*, Toronto, for plaintiff.
- Watson Goepel LLP*, Vancouver, for defendant Canadian National Railway Company.
- McCarthy Tétrault LLP*, Toronto, for defendant CSX Transportation, Inc.

## DOCTRINE CITÉE

- Brisson, Jean-Maurice et André Morel, « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation » (1996), 75 *R. du B. can.* 297.
- Denault, Philippe, *La recherche d’unité dans l’interprétation du droit privé fédéral : cadre juridique et fragments du discours judiciaire*, Montréal : Éditions Thémis, 2008. *Dictionnaires de droit privé en ligne*, « négligence » en ligne : <<https://nimbus.mcgill.ca/pld-ddp/dictionary/show/7335?source=ED2FR>>.
- Glenn, H. Patrick, « The Common Law in Canada » (1995), 74 *R. du B. can.* 261.
- Jobin, Pierre-Gabriel, « Comment résoudre le casse-tête d’un groupe de contrats » (2012), 46 *R.J.T.* 9.
- Lluelles, Didier et Benoît Moore, *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal : Éditions Thémis, 2018.
- Mackaay, Ejan et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz : Éditions Thémis, 2008.
- McNeil, John S. *Motor Carrier Cargo Claims*, 5<sup>e</sup> éd., Toronto : Thomson/Carswell, 2007.
- Pineau, Jean et Guy Lefebvre, *Le contrat de transport de marchandises : terrestre, maritime et aérien*, éd. remaniée, Montréal : Éditions Thémis, 2016.

ACTION en dommages-intérêts subis par suite d’un accident survenu lorsque le transformateur électrique de la demanderesse a été transporté par train du Québec au Kentucky. Action accueillie.

## ONT COMPARU :

- Rui M. Fernandes* et *Andrea Fernandes* pour la demanderesse.
- Thomas G. Keast*, *c.r.*, pour la défenderesse Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.
- Darryl A. Cruz* et *Jacqueline Cole* pour la défenderesse CSX Transportation, Inc.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

- Fernandes Hearn LLP*, Toronto, pour la demanderesse.
- Watson Goepel LLP*, Vancouver, pour la défenderesse Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.
- McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Toronto, pour la défenderesse CSX Transportation, Inc.

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

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

GRAMMOND J.:

LE JUGE GRAMMOND :

Table of Contents

Table des matières

	<u>Paragraph</u>		<u>Paragraphe</u>
I. Background.....	6	I. Résumé des faits .....	6
II. Analysis.....	16	II. Discussion .....	16
A. Legal Framework.....	18	A. Cadre juridique.....	18
(1) The Diversity of the Legal Sources.....	20	1) La diversité des sources juridiques .....	20
(2) Rates and Tariffs.....	31	2) Prix et tarifs.....	31
(3) Liability of the Carrier.....	35	3) Responsabilité du transporteur...	35
B. The Claim Against CN.....	39	B. L'action intentée contre CN.....	39
(1) Which Law Governs?.....	40	1) Quel droit s'applique?.....	40
(2) Which Limitation of Liability Applies? .....	53	2) Quelle limitation de responsabilité s'applique?.....	53
(3) Is CN Liable for CSXT's Negligence? .....	81	3) CN est-elle responsable de la négligence de CSXT? .....	81
(4) Was CSXT Negligent? .....	94	4) CSXT a-t-elle fait preuve de négligence? .....	94
C. The Claim Against CSXT .....	101	C. L'action intentée contre CSXT .....	101
(1) Which Law Governs?.....	103	1) Quel droit s'applique?.....	103
(2) Contractual Basis of the Claim.....	107	2) Fondement contractuel de l'action .....	107
(3) The 2015 Settlement Agreement.....	117	3) L'accord de règlement de 2015 .....	117
D. Pre-Judgment and Post-Judgment Interest.....	124	D. Les intérêts antérieurs et postérieurs au jugement.....	124
III. Disposition and Costs .....	128	III. Dispositif et dépens.....	128

[1] The plaintiff, ABB, a manufacturer of electrical equipment, contracted with the defendant CN for the transportation of an electrical transformer from its plant in Varennes, Quebec, to its customer's facilities in the United States. CN, in turn, retained the services of the defendant CSXT for the American leg of the journey. While carried by CSXT, the transformer was damaged.

[1] La demanderesse, ABB, qui fabrique du matériel électrique, a conclu un contrat avec la défenderesse CN pour que celle-ci transporte un transformateur électrique depuis son usine à Varennes (Québec) jusqu'aux installations de son client situées aux États-Unis. CN, quant à elle, a retenu les services de la défenderesse CSXT pour le segment du trajet effectué aux États-Unis. Lors du transport assuré par CSXT, le transformateur a été endommagé.

[2] ABB sues both CN and CSXT for damages. Both defendants, however, argue that ABB agreed to a

[2] ABB a intenté une action en dommages-intérêts à l'encontre de CN et de CSXT. Les défenderesses, en

limitation of liability. Limitations of liability are commonplace in the transportation industry. Despite their potential harshness for shippers, they may be viewed as simply shifting the burden to obtain insurance coverage. What is at stake in this case, however, is not the existence of a limitation of liability, but its scope. ABB argues that the relevant limitation of liability is found in an agreement it signed with CN in 2011, which makes an exception where the negligence of the carrier is proven. For their part, CN and CSXT argue that the relevant limitation is found in other documents and is not subject to such an exception.

[3] I agree with ABB. The 2011 agreement governs the relationship between ABB and CN. The parties intended the limitation of liability found in that agreement, which made an exception for cases of negligence, to become a standard term of their subsequent dealings. Thus, even though the contract concluded in 2015 for the carriage of the transformer was a “separate agreement”, the limitation of liability it contained must be interpreted as excluding cases of negligence. Moreover, under the relevant regulatory scheme, CN is liable for CSXT’s negligence.

[4] The issue of CSXT’s direct liability towards ABB is not dealt with explicitly in federal legislation and regulations. It falls to be decided under the private law of the relevant province, in this case, Quebec. Under Quebec law, the connecting carrier, CSXT, becomes a party to the contract with the originating carrier, CN, on the same terms and conditions. Thus, CSXT is directly liable to ABB and is bound by CN’s limitation of liability and its exceptions.

[5] CSXT was negligent in failing to ensure that the transformer, due to its dimensions, would not collide with obstacles found along the way—in this case, a bridge. The situation comes within the exception to the limitation of liability. Thus, I am condemning CN and CSXT to pay \$1.5 million to ABB, an amount agreed to by all parties.

revanche, soutiennent qu’ABB a convenu d’une limitation de responsabilité. Les limitations de responsabilité sont courantes dans le secteur du transport. Même si elles peuvent être sévères pour les expéditeurs, on peut considérer qu’elles ne font que déplacer le fardeau d’obtenir une couverture d’assurance. Cependant, ce qui est en jeu en l’espèce n’est pas l’existence d’une limitation de responsabilité, mais sa portée. ABB affirme que la limitation de responsabilité applicable figure dans un accord qu’elle a signé avec CN en 2011 et prévoit une exception lorsque la négligence du transporteur est prouvée. Pour leur part, CN et CSXT soutiennent que d’autres documents établissent la limitation pertinente et que celle-ci n’est pas assujettie à une telle exception.

[3] Je suis d’accord avec ABB. L’accord de 2011 régit la relation entre ABB et CN. Les parties avaient l’intention que la limitation de responsabilité figurant dans cet accord, qui prévoyait une exception en cas de négligence, devienne une clause standard de leurs relations ultérieures. Ainsi, même si le contrat conclu en 2015 afin d’assurer le transport du transformateur était un « accord séparé », la limitation de responsabilité qu’il contient doit être interprétée comme ne visant pas les cas de négligence. En outre, selon le régime réglementaire pertinent, CN est responsable de la négligence de CSXT.

[4] La question de la responsabilité directe de CSXT à l’égard d’ABB n’est pas abordée explicitement dans les lois et règlements fédéraux. Elle doit être tranchée selon le droit privé de la province en question, en l’espèce, le Québec. En droit québécois, le transporteur correspondant, CSXT, devient partie au contrat avec le transporteur initial, CN, aux mêmes modalités et conditions. Ainsi, CSXT est directement responsable à l’égard d’ABB et est liée par la limitation de responsabilité de CN et par ses exceptions.

[5] CSXT a fait preuve de négligence en omettant de veiller à ce que le transformateur, compte tenu de ses dimensions, ne heurte pas des obstacles présents sur le trajet, en l’occurrence, un pont. La situation relève de l’exception à la limite de responsabilité. Je condamne donc CN et CSXT à verser 1,5 million de dollars à ABB, un montant qui fait l’objet d’un accord entre les parties.

## I. Background

[6] The plaintiff, ABB Inc. (ABB), is a Canadian corporation and has its headquarters in Varennes, Quebec, where it manufactures electrical equipment. The defendant, Canadian National Railway Company (CN), is a Canadian corporation and has its headquarters in Montreal, Quebec. It operates a railway network situated mainly in Canada. The defendant, CSX Transportation, Inc. (CSXT), is incorporated under the laws of Virginia and has its headquarters in Jacksonville, Florida. It operates a railway network situated mainly in the United States.

[7] Some of the equipment manufactured by ABB is large and heavy. In the railway industry, such equipment is referred to as a “dimensional load”. Special arrangements must be made for their transportation and delivery to ABB’s clients. For that purpose, ABB frequently retains the services of CN.

[8] In December 2011, ABB and CN signed a “Confidential Transportation Agreement” (the 2011 agreement), which limits CN’s liability in respect of the carriage of dimensional loads. This agreement was made for a period of one year and was automatically renewable for subsequent one-year periods unless notice to the contrary was given. There is no dispute that this agreement was still in force when the facts of this case took place. The relevant part of this agreement reads as follows:

For each and every haulage of Dimensional Loads requested by Shipper from CN during the term hereof, CN’s liability for any loss or damage to the said Dimensional Loads, or any part thereof, shall be limited to USD \$25,000, unless negligence is proven.

[9] In July 2014, ABB contacted CN to obtain a quote for the transportation of an electrical transformer that it had sold to the Tennessee Valley Authority (TVA) and that it needed to deliver to TVA’s facilities in Drakesboro, Kentucky. CN then issued a “Dimensional Services Proposal”. That proposal contained a mention reading “For Limited Liability of \$USD 25,000.00”. In March

## I. Résumé des faits

[6] La demanderesse, ABB Inc. (ABB), est une société canadienne dont le siège social se trouve à Varennes (Québec), où elle fabrique du matériel électrique. La défenderesse, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (CN), est une société canadienne dont le siège social est situé à Montréal (Québec). Elle exploite un réseau ferroviaire qui se trouve principalement au Canada. La défenderesse, CSX Transportation, Inc. (CSXT), est constituée en société en application des lois de la Virginie et a son siège social à Jacksonville (Floride). Elle exploite un réseau ferroviaire qui se trouve principalement aux États-Unis.

[7] Une partie du matériel fabriqué par ABB est volumineux et lourd. Dans le secteur ferroviaire, on qualifie ce type de matériel de « chargement exceptionnel ». Son transport et sa livraison aux clients d’ABB nécessitent des dispositions spéciales. À cette fin, ABB retient souvent les services de CN.

[8] En décembre 2011, ABB et CN ont signé un [TRADUCTION] « accord de transport confidentiel » (l’accord de 2011) qui limite la responsabilité de CN concernant le transport de chargements exceptionnels. Cet accord a été conclu pour une période d’un an et était automatiquement renouvelable pour des périodes subséquentes d’un an, sauf avis contraire. Il n’est pas contesté que cet accord était encore en vigueur à l’époque des faits en cause. La partie pertinente de cet accord est rédigée comme suit :

[TRADUCTION] Pour chaque transport de chargements exceptionnels demandé par l’expéditeur à CN pendant la durée de l’accord, la responsabilité de CN pour toute perte desdits chargements exceptionnels ou d’une partie de ceux-ci ou pour tout dommage qui leur serait causé est limitée à 25 000 \$ US, sauf si la négligence est prouvée.

[9] En juillet 2014, ABB a communiqué avec CN pour obtenir un devis pour le transport d’un transformateur électrique qu’elle avait vendu à la Tennessee Valley Authority (TVA) et qu’elle devait livrer à l’installation de TVA à Drakesboro (Kentucky). CN a ensuite présenté une [TRADUCTION] « offre de services relatifs aux chargements exceptionnels ». Cette offre contenait une



2015, ABB issued a purchase order to CN, referencing the price quoted by CN in the July 2014 proposal. There is no serious dispute that ABB thus accepted CN's offer to contract and thereby formed a contract, which I will call the 2015 agreement. On October 7, 2015, five days after taking possession of the cargo, CN issued a tariff reflecting the terms of the agreement. That tariff was effective from October 2, 2015 to November 1, 2015. It contains the mention, "Rate includes limited liability coverage of \$25,000 USD while handled by Carriers shown in route".

[10] CN's network, however, does not extend to Kentucky. Thus, it was necessary to retain CSXT's services for the American leg of the journey. ABB, however, dealt only with CN; it did not have direct communications with CSXT with respect to this movement. As we shall see, the precise nature of the legal relationships between ABB, CN and CSXT is very much in dispute.

[11] Before the journey began, ABB provided the dimensions of the transformer to CN, which, in turn, provided them to CSXT. Each carrier performed a "clearance check", to ensure that the dimensions of the load would not exceed the available clearance of various obstructions found along the proposed route, most importantly the height of bridges.

[12] The transformer was delivered to CN in Varennes on October 2, 2015. CN carried it to Buffalo, New York, where it was handed over to CSXT. CSXT then carried it to its final destination in Drakesboro, Kentucky, on October 21, 2015.

[13] However, shortly before reaching destination, the transformer hit a bridge and was severely damaged. It appears that CSXT's software failed to identify the insufficient height of that bridge. I will return to this issue later in these reasons.

mention qui était la suivante : [TRADUCTION] « Pour une responsabilité limitée de 25 000 \$ US ». En mars 2015, ABB a émis un bon de commande à l'intention de CN, dans lequel il était fait mention du prix établi par CN dans l'offre de juillet 2014. Il n'est pas contesté qu'ABB a ainsi accepté l'offre de contracter de CN et qu'un contrat, que j'appellerai l'accord de 2015, a alors été formé. Le 7 octobre 2015, cinq jours après avoir pris possession de la cargaison, CN a émis un tarif qui reflétait les conditions de l'accord. Ce tarif a été en vigueur du 2 octobre 2015 au 1<sup>er</sup> novembre 2015. Il est accompagné de la mention suivante : [TRADUCTION] « Ce tarif comprend une responsabilité limitée de 25 000 \$ US pendant la durée du transport assuré par les transporteurs affichés sur l'itinéraire ».

[10] Or, le réseau de CN ne s'étend pas jusqu'au Kentucky. Il a donc fallu retenir les services de CSXT pour le segment du trajet effectué aux États-Unis. ABB, toutefois, a seulement fait affaire avec CN. Elle n'a pas communiqué directement avec CSXT relativement à ce déplacement. Comme nous le verrons, la nature précise des relations juridiques entre ABB, CN et CSXT fait l'objet d'une vive controverse.

[11] Avant le début du trajet, ABB a fourni les dimensions du transformateur à CN qui, à son tour, les a communiquées à CSXT. Chaque transporteur a effectué une vérification du dégagement pour s'assurer que les dimensions du chargement ne dépasseraient pas le dégagement de divers obstacles présents sur l'itinéraire proposé, notamment la hauteur des ponts.

[12] CN a pris possession du transformateur à Varennes le 2 octobre 2015. CN l'a transporté jusqu'à Buffalo (New York) où elle l'a remis à CSXT. CSXT l'a ensuite transporté jusqu'à sa destination finale à Drakesboro (Kentucky) le 21 octobre 2015.

[13] Cependant, peu de temps avant son arrivée à destination, le transformateur a heurté un pont et a été sérieusement endommagé. Il semble que le logiciel de CSXT a omis d'indiquer la hauteur insuffisante de ce pont. Je reviendrai sur cette question plus tard dans les présents motifs.

[14] ABB sues both CN and CSXT for the damage resulting from the accident. CN denies owing anything, as it delivered the transformer in good condition to CSXT. It also invokes the limitation of liability clauses contained in the July 2014 proposal and in the October 2015 tariff or, in the alternative, in the 2011 agreement. CSXT also denies owing anything, arguing that it has no direct contractual relationship with ABB. It also invokes limitation of liability clauses contained in its tariff or in an agreement with ABB settling litigation regarding a different shipment. CN did not bring a cross-claim against CSXT. CN and CSXT say that any claim between them will be dealt with in another forum, and have accordingly brought little evidence in this regard.

[15] The trial proceeded entirely on the basis of admissions of facts and documents and read-ins of discovery transcripts. No witnesses were heard. The parties agreed that, should either CN or CSXT be held liable, the damages suffered by ABB are to be assessed at \$1.5 million.

## II. Analysis

[16] This dispute stems mainly from a disagreement as to the basic legal framework for carriage by rail. ABB asserted a wide variety of arguments against both defendants, stating in essence that someone must pay for what happened. The defendants, on their part, advanced various reasons why they should not be held liable. To put it shortly, CN says that it did not do anything wrong and CSXT, that it did not have a contract with ABB. The outcome depends on a web of rules stemming from statute, regulation and contract. The parties disagree as to the proper ordering of these rules.

[17] Thus, it is necessary to clarify the legal framework before analyzing ABB's claims against CN and CSXT.

[14] ABB a intenté une action à l'encontre de CN et de CSXT pour les dommages causés par l'accident. CN nie toute responsabilité, car elle a livré à CSXT le transformateur en bon état. Elle invoque aussi les clauses de limitation de responsabilité contenues dans l'offre de juillet 2014 et dans le tarif d'octobre 2015 ou, à titre subsidiaire, dans l'accord de 2011. CSXT rejette aussi toute responsabilité, en faisant valoir qu'elle n'a pas de relation contractuelle directe avec ABB. Elle invoque également les clauses de limitation de responsabilité contenues dans son tarif ou dans un accord avec ABB qui règle un litige concernant une autre cargaison. CN n'a pas déposé une demande entre défendeurs contre CSXT. CN et CSXT affirment que toute demande entre elles sera traitée devant un autre tribunal, et elles ont en conséquence présenté peu d'éléments de preuve à ce sujet.

[15] Le procès a été instruit entièrement en fonction des aveux de faits et de documents et des extraits des transcriptions d'interrogatoires préalables. Aucun témoin n'a été entendu. Les parties ont convenu que si CN ou CSXT étaient tenues responsables, le montant des dommages subis par ABB serait évalué à 1,5 million de dollars.

## II. Discussion

[16] Le présent litige découle principalement d'un désaccord concernant le cadre juridique fondamental du transport ferroviaire. ABB a fait valoir un large éventail d'arguments contre les deux défenderesses, affirmant essentiellement que quelqu'un doit l'indemniser pour ce qui s'est produit. Les défenderesses, quant à elles, ont présenté divers motifs pour lesquels elles ne devraient pas être tenues responsables. En simplifiant quelque peu, CN affirme qu'elle n'a rien fait de mal, et CSXT soutient qu'aucun contrat ne la lie à ABB. L'issue dépend d'un ensemble de règles légales, réglementaires et contractuelles. Les parties ne s'entendent pas sur l'ordonnement approprié de ces règles.

[17] Ainsi, il est nécessaire de clarifier le cadre juridique avant d'analyser le fondement de la réclamation d'ABB à l'encontre de CN et de CSXT.

### A. Legal Framework

[18] There is a tendency to consider that federal legislation governing carriage by rail is exhaustive. As will become clear shortly, this is simply not true. In some circumstances, this legislation must be read against the backdrop of private law and, in particular, contract law. In other words, private law provides the “suppletive” law, that is, the law that supplements gaps in federal railway legislation. Private law typically falls under provincial jurisdiction. Thus, it is necessary to ascertain in which province the facts took place. Where the facts took place in Quebec, private law rules are found in the *Civil Code [of Québec, CQLR, c. CCQ-1991]*.

[19] In this section, I will thus attempt to outline the main features of the legal framework governing carriage by rail in Canada. I will focus on what is not in dispute between the parties; more controversial points will be addressed later in the analysis.

#### (1) The Diversity of the Legal Sources

[20] One particular challenge of this case is that the legal rules governing carriage by rail are derived from several sources. A proper understanding of the interactions between the bodies of law derived from those sources is key to resolving the dispute. To reach that understanding, one must begin with the constitutional division of powers.

[21] Interprovincial and international carriage by rail is a matter that comes under Parliament’s jurisdiction, according to subsection 91(29) and paragraph 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*. In the exercise of that jurisdiction, Parliament has enacted the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 (the Act), which regulates air and railway transportation. The enactment of federal legislation under that head of jurisdiction does not, however, exclude the application of provincial legislation.

[22] Under the modern view of Canadian constitutional law, “the same fact situations can be regulated from

### A. Cadre juridique

[18] On pourrait être porté à croire que la législation fédérale qui régit le transport ferroviaire est exhaustive. Comme on le verra bientôt, cela n’est tout simplement pas le cas. Dans certaines circonstances, cette législation doit être interprétée à la lumière du droit privé et, plus précisément, du droit des contrats. Autrement dit, le droit privé fournit le droit « supplétif », c’est-à-dire le droit qui comble les lacunes dans la législation fédérale en matière de transport ferroviaire. Le droit privé relève habituellement de la compétence provinciale. Il est donc nécessaire d’identifier la province dans laquelle les faits se sont produits. Si les faits se sont déroulés au Québec, les règles du droit privé figurent dans le *Code civil [du Québec, RLRQ, ch. CCQ-1991]*.

[19] Dans la présente section, j’essaierai donc de décrire les principales caractéristiques du cadre législatif qui régit le transport ferroviaire au Canada. Je me concentrerai sur ce qui ne fait pas l’objet d’un différend entre les parties; les points plus controversés seront abordés plus tard dans la discussion.

#### 1) La diversité des sources juridiques

[20] Un défi particulier en l’espèce est le fait que les règles de droit qui régissent le transport ferroviaire proviennent de plusieurs sources. Une compréhension adéquate des interactions entre les ensembles de normes qui découlent de ces sources est essentielle pour résoudre le litige. Pour y parvenir, il faut débiter par le partage constitutionnel des compétences.

[21] Le transport ferroviaire interprovincial et international est une question qui relève de la compétence fédérale, selon le paragraphe 91(29) et l’alinéa 92(10)(a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans l’exercice de cette compétence, le Parlement a adopté la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10 (la Loi), qui réglemente le transport aérien et ferroviaire. L’adoption d’une loi fédérale en vertu de ce chef de compétence n’écarte cependant pas l’application des lois provinciales.

[22] Selon la vision moderne du droit constitutionnel canadien, « des situations de fait identiques peuvent être

different perspectives, one of which may relate to a provincial power and the other to a federal power”: *Desgagnés Transport Inc. v. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 SCC 58, 422 D.L.R. (4th) 600 (*Desgagnés Transport*), at paragraph 84. The application of provincial legislation is ousted in two kinds of circumstances: interjurisdictional immunity and paramountcy: *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3 (*Canadian Western Bank*). Interjurisdictional immunity occurs where the application of provincial legislation would impair the core of federal jurisdiction. The parties have not argued that this would happen in this case. Indeed, there are many situations in which provincial legislation applies to railways: *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1028, (1995), 41 C.R. (4th) 147. Paramountcy describes the situation in which provincial and federal legislation conflict, in which case federal legislation is paramount.

[23] Two kinds of conflict may lead to a situation of paramountcy: *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419 (*Lemare Lake Logging*), at paragraphs 17–22. The first one is the operational conflict, that is, a situation where it is impossible to comply simultaneously with federal and provincial legislation. The second one is where the application of provincial legislation would frustrate the purpose of federal legislation. However, the Supreme Court of Canada has warned against giving too wide a scope to the “frustration of ... purpose” branch of paramountcy: *Canadian Western Bank*, at paragraph 74; *Lemare Lake Logging*, at paragraph 21. The Court has been loath to find that Parliament’s purpose is to exclude the application of provincial legislation or, in other words, to “cover the field” or to set forth a “complete code”: *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725, at paragraph 72.

[24] Where provincial legislation relates to “property and civil rights” or, in more modern terms, to private law, section 8.1 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, must also be taken into consideration. It reads as follows:

réglementées suivant des perspectives différentes, l’une relevant d’une compétence provinciale et l’autre, d’une compétence fédérale » : *Transport Desgagnés inc. c. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 CSC 58 (*Transport Desgagnés*), au paragraphe 84. L’application d’une loi provinciale est écartée dans deux types de circonstances : l’exclusivité des compétences et la prépondérance : *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3 (*Banque canadienne de l’Ouest*). Il y a exclusivité des compétences lorsque l’application d’une loi provinciale porterait atteinte au contenu essentiel d’une compétence fédérale. Les parties n’ont pas fait valoir que cela se produirait en l’espèce. En effet, il existe de nombreuses situations dans lesquelles une loi provinciale s’applique au contexte ferroviaire : *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1028. Quant à elle, la prépondérance décrit la situation dans laquelle une loi provinciale entre en conflit avec une loi fédérale, auquel cas la loi fédérale a préséance.

[23] Deux types de conflits peuvent mener à une situation de prépondérance : *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419 (*Lemare Lake Logging*), aux paragraphes 17 à 22. Le premier est le conflit opérationnel, c’est-à-dire une situation dans laquelle il est impossible de se conformer simultanément à une loi fédérale et à une loi provinciale. Le second se produit lorsque l’application d’une loi provinciale entraverait l’objet d’une loi fédérale. Cependant, la Cour suprême du Canada a mis en garde contre le fait d’attribuer une portée trop large au volet « entrave à l’objet » de la doctrine de la prépondérance : *Banque canadienne de l’Ouest*, au paragraphe 74; *Lemare Lake Logging*, au paragraphe 21. La Cour a été réticente à conclure que l’objectif du législateur est d’exclure l’application d’une loi provinciale ou, en d’autres termes, d’« occuper le champ » ou de prévoir un « code complet » : *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725, au paragraphe 72.

[24] Lorsqu’une loi provinciale concerne la « propriété et les droits civils » ou, en termes plus modernes, le droit privé, l’article 8.1 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, doit également être pris en considération. Il est rédigé comme suit :

#### Duality of legal traditions and application of provincial law

**8.1** Both the common law and the civil law are equally authoritative and recognized sources of the law of property and civil rights in Canada and, unless otherwise provided by law, if in interpreting an enactment it is necessary to refer to a province's rules, principles or concepts forming part of the law of property and civil rights, reference must be made to the rules, principles and concepts in force in the province at the time the enactment is being applied.

[25] Section 8.1 was adopted in 2001, but enshrines a long-standing principle: *St-Hilaire v. Canada (Attorney General)*, 2001 FCA 63, [2001] 4 F.C. 289 (*St-Hilaire*); Jean-Maurice Brisson and André Morel, “Droit fédéral et droit civil: complémentarité, dissociation” (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 297 (Brisson and Morel, “Droit fédéral”). It accomplishes two things, which I will describe by highlighting their application to railway legislation.

[26] First, section 8.1 creates a strong presumption that Parliament does not intend to “cover the field” and to exclude the application of provincial legislation regarding property and civil rights. The same idea flows from the manner in which the doctrine of paramountcy of federal legislation is applied, which I described above. With respect to railways, this is consistent with the fact that the Act and its predecessors have never been considered as an exhaustive codification of the law governing railways: *Canadian National Railway Company v. Neptune Bulk Terminals (Canada) Ltd.*, 2006 BCSC 1073, 60 B.C.L.R. (4th) 96 (*Neptune*), at paragraph 91. Rather, section 8.1 requires the application of provincial private law to supplement provisions of federal legislation that resort to private law concepts. In this regard, the basic premise of the Act is that transportation of goods takes place pursuant to contracts made between shippers and railway companies: *G.E.X.R. v. Shantz Station and Parrish & Heimbecker*, 2019 ONSC 1914 (CanLII), at paragraph 84; *Neptune*, at paragraph 93. Because the Act relies on the juridical concept of contract, it may be necessary to draw upon provincial private law rules that define and govern contracts in order to provide a complete solution to a legal problem involving carriage by rail. Indeed, there is no such thing as a federal law of contract

#### Tradition bijuridique et application du droit provincial

**8.1** Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte.

[25] Adopté en 2001, l'article 8.1 consacre un principe reconnu depuis longtemps : *St-Hilaire c. Canada (Procureur général)*, 2001 CAF 63, [2001] 4 C.F. 289 (*St-Hilaire*); Jean-Maurice Brisson et André Morel, « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation » (1996), 75 *R. du B. can.* 297 (Brisson et Morel, « Droit fédéral »). Il permet d'accomplir deux choses que je décrirai en soulignant comment elles s'appliquent à la législation en matière de transport ferroviaire.

[26] Premièrement, l'article 8.1 crée une forte présomption que le législateur n'a pas l'intention d'« occuper le champ » et d'exclure l'application d'une loi provinciale concernant la propriété et les droits civils. La même idée découle d'ailleurs de la manière dont la doctrine de la prépondérance des lois fédérales est appliquée, comme je l'ai expliqué plus haut. Dans le contexte ferroviaire, cela est conforme au fait que la Loi et les lois qui l'ont précédée n'ont jamais été considérées comme une codification exhaustive du droit régissant le transport ferroviaire : *Canadian National Railway Company v. Neptune Bulk Terminals (Canada) Ltd.*, 2006 BCSC 1073, 60 B.C.L.R. (4th) 96 (*Neptune*), au paragraphe 91. L'article 8.1 exige plutôt que l'on fasse appel au droit privé provincial afin de compléter les dispositions des lois fédérales qui emploient des notions de droit privé. D'ailleurs, la prémisse fondamentale de la Loi est que le transport de marchandises est régi par des contrats conclus entre les expéditeurs et les compagnies de chemin de fer : *G.E.X.R. v. Shantz Station and Parrish & Heimbecker*, 2019 ONSC 1914 (CanLII), au paragraphe 84; *Neptune*, au paragraphe 93. Puisque la Loi repose sur la notion juridique de contrat, il peut s'avérer nécessaire de se fonder sur les règles du droit privé provincial qui définissent et régissent les contrats, afin de proposer une solution complète à un problème juridique

that could play that role: *Desgagnés Transport*, at paragraph 47; *Quebec North Shore Paper v. C.P. Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, (1976), 71 D.L.R. (3d) 111; Brisson and Morel, “Droit fédéral”, at page 310; H. Patrick Glenn, “The Common Law in Canada” (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 261, at pages 279–280; Philippe Denault, *La recherche d’unité dans l’interprétation du droit privé fédéral: cadre juridique et fragments du discours judiciaire*, Montréal : Éditions Thémis, 2008, at pages 38–50.

[27] Second, section 8.1 enshrines the equality of the civil law and the common law. It dispels any notion that gaps in federal legislation must be filled by having recourse to the common law, whether it be because of a belief that federal legislation was drafted with the common law in mind or simply for reasons of convenience or uniformity: *D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 52, [2005] 2 S.C.R. 564, at paragraph 64. In this regard, I note that “concerns for uniformity cannot drive the division of powers analysis”: *Desgagnés Transport*, at paragraph 152; see also *Canada v. Raposo*, 2019 FCA 208.

[28] One consequence of that principle, which was not fully appreciated by the parties at the outset of the trial, is that recourse must be had to the civil law, and not the common law, when it is necessary to supplement the provisions of the Act with respect to a dispute taking place in Quebec. In those cases, “the suppletive law is the civil law”: *St-Hilaire*, at paragraph 36. This is not a novel principle: see, in particular, *Canadian National Railway Company v. Sumitomo Marine & Fire Insurance Company Ltd.*, 2007 QCCA 985, [2007] R.J.Q. 1508 (*Sumitomo*); *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada v. Compagnie d’arrimage de Québec ltée*, 2010 QCCQ 942, [2010] R.J.Q. 708, at paragraph 49.

[29] In some instances, as in *Sumitomo*, it may be possible to resolve a legal issue only by interpreting the provisions of the Act. This, however, is not always the case and one should not be led to think that the Act is a “complete code” that never needs to be supplemented by private law principles. In practice, asserting that the Act is a “complete code” may lead to the conscious or

impliquant le transport ferroviaire. En effet, il n’existe pas de droit fédéral des contrats qui puisse remplir ce rôle : *Transport Desgagnés*, au paragraphe 47; *Quebec North Shore Paper c. C.P. Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054; Brisson et Morel, « Droit fédéral », à la page 310; H. Patrick Glenn, « The Common Law in Canada » (1995), 74 *R. du B. can.* 261, aux pages 279 et 280; Philippe Denault, *La recherche d’unité dans l’interprétation du droit privé fédéral: cadre juridique et fragments du discours judiciaire*, Montréal : Éditions Thémis, 2008, aux pages 38 à 50.

[27] Deuxièmement, l’article 8.1 consacre l’égalité du droit civil et de la common law. Cela dissipe l’idée que les lacunes dans la législation fédérale soient comblées en ayant recours à la common law, que ce soit parce que l’on pense que la législation fédérale a été rédigée avec la common law à l’esprit ou simplement pour des raisons d’ordre pratique ou d’uniformité : *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 52, [2005] 2 R.C.S. 564, au paragraphe 64. À cet égard, je souligne que « le souci d’uniformité ne peut pas guider l’analyse du partage des compétences » : *Desgagnés Transport*, au paragraphe 152; voir aussi *Canada c. Raposo*, 2019 CAF 208.

[28] Une conséquence de ce principe, qui n’a pas été entièrement comprise par les parties au début du procès, est qu’il faut avoir recours au droit civil, et non à la common law, lorsqu’il est nécessaire de compléter les dispositions de la Loi relativement à un litige qui survient au Québec. Dans ce cas, « le droit supplétif est le droit civil » : *St-Hilaire*, au paragraphe 75. Il n’y a là rien de nouveau : voir notamment *Canadian National Railway Company c. Sumitomo Marine & Fire Insurance Company Ltd.*, 2007 QCCA 985, [2007] R.J.Q. 1508 (*Sumitomo*); *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Compagnie d’arrimage de Québec ltée*, 2010 QCCQ 942, [2010] R.J.Q. 708, au paragraphe 49.

[29] Dans certains cas, comme dans l’arrêt *Sumitomo*, il peut être possible de résoudre un problème juridique uniquement en interprétant les dispositions de la Loi. Cela n’est toutefois pas toujours le cas et il ne faudrait pas être amené à penser que la Loi est un « code complet » qui n’a jamais besoin d’être complété par des principes de droit privé. Dans la pratique, affirmer que

unconscious use of common law concepts in a dispute originating in Quebec. For instance, in this case, the parties initially stated that it was not necessary to go beyond the Act to solve the dispute, but nevertheless deployed common law concepts, such as non-delegable duty or vicarious liability, without any apparent thought that the dispute might be governed by the civil law.

[30] Thus, when the Act needs to be supplemented by private law concepts, the first step of the analysis should be to ascertain which provincial law is applicable as supplementary law.

## (2) Rates and Tariffs

[31] While the Act relies on the private law concept of contract to structure the legal framework for the relationship between shippers and railway companies, it restricts the railway companies' freedom of contract in important respects. In particular, the Act requires railway companies to conclude a contract of carriage with any shipper who wishes to use their services. The Act also provides mechanisms for imposing important terms of contracts of carriage. In doing so, the Act departs from the rules habitually governing contracts, which protect the freedom to choose one's contracting partners and the freedom to negotiate the terms of the agreement. Those restrictions on freedom of contract are necessary because "an efficient economic system cannot depend upon the vagaries of the good will of those who control the means of transporting goods to market": *Canadian Pacific Railway Company v. Canexus Chemicals Canada*, 2015 FCA 283, [2016] 3 F.C.R. 427 (*Canexus*), at paragraph 97.

[32] The tariff is the main tool by which those goals are pursued. Without entering into the details, sections 117, 118 and 119 of the Act provide that railway companies must publish their tariffs and that they cannot charge rates other than those set out in these tariffs. According to section 87, a tariff may include not only rates, but also terms and conditions of carriage. In turn, section 113 requires railway companies, among other things, to accept

la Loi est un « code complet » pourrait conduire à une utilisation consciente ou inconsciente des notions de la common law dans un litige survenu au Québec. À titre d'exemple, les parties en l'espèce ont d'abord déclaré qu'il n'était pas nécessaire d'aller au-delà de la Loi pour résoudre le litige. Néanmoins, elles ont utilisé des notions de la common law, comme l'obligation intransmissible ou la responsabilité du fait d'autrui, sans songer au fait que le litige pourrait être régi par le droit civil.

[30] Ainsi, lorsque la Loi doit être complétée par des notions du droit privé, la première étape de l'analyse devrait consister à établir quel droit provincial s'applique à titre de droit supplétif.

## 2) Prix et tarifs

[31] Bien que la Loi repose sur la notion de contrat en droit privé pour structurer le cadre juridique de la relation entre les expéditeurs et les compagnies de chemin de fer, elle limite la liberté de contracter de ces dernières à bien des égards. La Loi exige notamment que les compagnies de chemin de fer concluent un contrat de transport avec tout expéditeur qui souhaite utiliser leurs services. La Loi prévoit aussi des mécanismes pour imposer certaines conditions importantes des contrats de transport. Ce faisant, la Loi s'écarte des règles qui régissent habituellement les contrats et qui protègent la liberté de choisir ses partenaires contractuels et la liberté de négocier les clauses de l'entente. Ces restrictions à la liberté de contracter sont nécessaires, car « un système économique efficace ne peut reposer sur les caprices de la bonne volonté de ceux qui contrôlent les moyens de transport des marchandises vers les différents marchés » : *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canexus Chemicals Canada*, 2015 CAF 283, [2016] 3 R.C.F. 427 (*Canexus*), au paragraphe 97.

[32] Le tarif est le principal outil visant l'atteinte de ces objectifs. Sans entrer dans les détails, les articles 117, 118 et 119 de la Loi disposent que les compagnies de chemin de fer doivent publier leurs tarifs et qu'elles ne peuvent pas exiger des prix qui diffèrent de ceux indiqués dans ces tarifs. Selon l'article 87, un tarif peut comprendre non seulement des prix, mais aussi des modalités et conditions de transport. L'article 113, quant à lui, exige que

to transport “all traffic offered for carriage on the railway.” Thus, in exchange for a requirement to contract with anyone willing to ship goods on their railways, railway companies obtain the power to determine unilaterally the terms of those contracts. In contractual terms, the Act requires railway companies to make a standing offer to contract to the public, on the terms and conditions that they set in their tariffs. A contract is formed when a shipper manifests its will to ship goods according to the tariff.

[33] Nevertheless, the Act also contemplates the direct negotiation of the terms and conditions of a contract for carriage by rail. Section 126 allows shippers and railway companies to conclude “confidential contracts” governing the terms of carriage of goods between them. According to section 117, these confidential contracts supersede the provisions of any tariff.

[34] Moreover, nothing prevents a shipper from agreeing with a railway company as to the rates and terms for the carriage of certain goods, through a contract that is not confidential within the meaning of section 126. In this case, for the agreement to be effective, the contents of the agreement must be embodied in a published tariff. In theory, other shippers could avail themselves of the same tariff while it is in force. As we saw earlier, this is what ABB and CN did in this case.

### (3) Liability of the Carrier

[35] As in all contractual situations, a party’s failure to perform its obligations gives rise to contractual liability. The key provision, in this regard, is section 137 of the Act, which accomplishes two main things. First, it empowers the Canada Transportation Agency (the Agency) to make regulations that will govern, absent an agreement, liability issues between a shipper and a railway company. Second, it allows a shipper and a railway company to agree to a different liability regime. At this juncture, it is enough to provide only a basic outline of each of these two components.

les compagnies de chemin de fer, entre autres choses, acceptent de transporter « des marchandises à transporter par chemin de fer ». Ainsi, en échange de l’obligation de conclure un contrat avec quiconque souhaite expédier des marchandises sur leur réseau, les compagnies de chemin de fer obtiennent le pouvoir de déterminer unilatéralement les conditions de ces contrats. Contractuellement, la Loi exige que les compagnies de chemin de fer fassent une offre de contracter permanente au public, selon les modalités et conditions qu’elles ont établies dans leurs tarifs. Un contrat est conclu lorsqu’un expéditeur manifeste sa volonté d’expédier des marchandises conformément au tarif.

[33] Cependant, la Loi permet aussi la négociation directe des conditions d’un contrat de transport ferroviaire. L’article 126 permet aux expéditeurs et aux compagnies de chemin de fer de conclure des « contrats confidentiels » qui régissent les conditions de transport de marchandises entre eux. Selon l’article 117, ces contrats confidentiels ont préséance sur les dispositions d’un tarif.

[34] En outre, rien n’empêche un expéditeur de convenir avec une compagnie de chemin de fer des prix et des conditions de transport de certaines marchandises, par l’intermédiaire d’un contrat qui n’est pas confidentiel au sens de l’article 126. Dans ce cas, pour que le procédé soit efficace, le contenu de l’entente doit être intégré à un tarif publié. En théorie, d’autres expéditeurs pourraient se prévaloir du même tarif pendant qu’il est en vigueur. Comme nous l’avons vu plus tôt, c’est ce qu’ABB et CN ont fait en l’espèce.

### 3) Responsabilité du transporteur

[35] Comme dans toute situation contractuelle, le défaut par une partie de s’acquitter de ses obligations donne ouverture à la responsabilité contractuelle. La disposition clé, à cet égard, est l’article 137 de la Loi, qui permet d’accomplir deux choses principales. Premièrement, il habilite l’Office des transports du Canada (l’Office) à adopter des règlements qui régissent, en l’absence d’entente, les questions liées à la responsabilité entre un expéditeur et une compagnie de chemin de fer. Deuxièmement, il permet à un expéditeur et à une compagnie de chemin de fer de convenir d’un régime de responsabilité différent.



[36] Pursuant to the power granted by section 137, the Agency made the *Railway Traffic Liability Regulations*, SOR/91-488 (the *Liability Regulations* or *Regulations*). Section 4 of these Regulations sets out the general principle to the effect that a railway carrier is liable for “any loss of or damage to the goods” in its possession. Section 5 sets forth certain causes of exoneration broadly related to the concept of superior force or *force majeure*, such as an “act of God”, a war, a quarantine, and so forth. The Federal Court of Appeal described these provisions as “largely reproduc[ing] a common carrier’s obligations (and the exceptions to those obligations) at common law where a common carrier is treated as the insurer of the shipper’s goods”: *Canexus*, at paragraph 11. This comparison could be extended to the civil law: article 2049 of the Civil Code. Section 8 of the Regulations, to which I will return later in these reasons, deals with the issue of liability when goods are transported by successive carriers.

[37] That is the default regime. A shipper and a railway company may substitute a different regime, provided that they do so in compliance with subsection 137(1) of the Act. The wording of this provision was amended in 2015, after the 2011 agreement between ABB and CN, but before the carriage of the transformer took place. The differences between the two versions are not material to the issues in dispute in this case. The provision currently reads as follows:

**Agreement**

**137 (1)** Any issue related to liability, including liability to a third party, in respect of the movement of a shipper’s traffic shall be dealt with between the railway company and the shipper only by means of a written agreement that is signed by the shipper or by an association or other entity representing shippers.

[38] Thus, a railway company may limit its liability. It may not, however, do so unilaterally, by inserting a term to that effect in its tariff: *Canexus*, at paragraphs 98–99.

Pour le moment, une description de ces deux composantes dans leurs grandes lignes est suffisante.

[36] En application du pouvoir conféré par l’article 137, l’Office a adopté le *Règlement sur la responsabilité à l’égard du transport ferroviaire des marchandises*, DORS/91-488 (le *Règlement sur la responsabilité* ou le *Règlement*). L’article 4 de ce règlement énonce le principe général selon lequel un transporteur ferroviaire est responsable, quant aux marchandises qui sont en sa possession, « des pertes, des dommages [...] subis par celles-ci ». L’article 5 prévoit certaines causes de dégage- ment de responsabilité généralement liées à la notion de « force majeure », par exemple une guerre ou une mise en quarantaine. La Cour d’appel fédérale a précisé que ces dispositions « reprennent en grande partie les obligations d’un transporteur public (et les exceptions à ses obligations) en common law, selon laquelle un transporteur public est considéré comme l’assureur des marchandises de l’expéditeur » : *Canexus*, au paragraphe 11. Cette comparaison pourrait s’étendre au droit civil : article 2049 du Code civil. L’article 8 du Règlement, auquel je reviendrai plus tard dans les présents motifs, porte sur la question de la responsabilité lorsque des marchandises sont transportées par des transporteurs successifs.

[37] Il s’agit du régime par défaut. Un expéditeur et une compagnie de chemin de fer peuvent y substituer un régime différent, pourvu qu’ils le fassent en se conformant au paragraphe 137(1) de la Loi. Le libellé de cette disposition a été modifié en 2015, après l’accord de 2011 entre ABB et CN, mais avant le transport du transformateur. Les différences entre les deux versions sont sans importance pour les fins du présent litige. La disposition est actuellement rédigée comme suit :

**Accord**

**137 (1)** Les questions portant sur la responsabilité relativement au transport des marchandises d’un expéditeur, notamment envers les tiers, ne peuvent être traitées entre la compagnie de chemin de fer et l’expéditeur que par accord écrit signé soit par l’expéditeur, soit par une association ou une autre entité représentant les expéditeurs.

[38] Ainsi, une compagnie de chemin de fer peut limiter sa responsabilité. Elle ne peut cependant pas le faire unilatéralement, par l’introduction d’une modalité à cet

It needs to obtain a “written agreement that is signed by the shipper”.

### B. *The Claim Against CN*

[39] ABB’s claim against CN is based on two main propositions: first, that the applicable limitation of liability is the one found in the 2011 agreement and makes an exception for cases of negligence and, second, that CN is liable for damage sustained by the transformer while it was carried by CSXT. CN disputes both propositions. Before addressing those two main issues, I need to determine which suppletive law is applicable to the ABB-CN contracts. Furthermore, as CSXT’s negligence constitutes the basis of the claim against CN, I will also address CSXT’s argument that it was not negligent in this section.

#### (1) Which Law Governs?

[40] As will become clear later, the Act and the Liability Regulations do not provide the answer to all questions in issue. Thus, according to section 8.1 of the *Interpretation Act*, the first step of the analysis is to determine which provincial law is applicable as a background to the Act.

[41] In this regard, ABB argued that its contract with CN is governed by the law of Quebec, because it was entered into by two businesses headquartered in that province and because it governed the carriage of the transformer from Quebec to Kentucky. CN did not take a firm position on the issue, arguing instead that the application of the Civil Code would “not impact the analysis”. CSXT denies that Quebec law applies. It asserts that the 2011 agreement between CN and ABB is not governed by civil law because the parties used a common law concept—negligence—in the agreement’s main clause. CSXT also invokes a variety of reasons to oppose the application of the Civil Code, including the fact that the Act and Regulations do not need to be supplemented, that there is no provincial jurisdiction over international transportation and that CSXT is based in the United States and carried the transformer

effet dans ses tarifs : *Canexus*, aux paragraphes 98 et 99. Elle doit plutôt obtenir un « accord écrit signé [...] par l’expéditeur ».

### B. *L’action intentée contre CN*

[39] L’action intentée par ABB contre CN est fondée sur deux propositions principales : premièrement, la limite de responsabilité applicable est celle qui figure dans l’accord de 2011, dans lequel une exception est prévue en cas de négligence et, deuxièmement, CN est responsable des dommages subis par le transformateur alors que son transport était assuré par CSXT. CN conteste les deux propositions. Avant d’aborder ces deux questions principales, je dois déterminer quel droit supplétif s’applique aux contrats conclus entre ABB et CN. En outre, puisque la négligence dont a fait preuve CSXT constitue le fondement de l’action intentée contre CN, j’aborderai également l’argument de CSXT selon lequel elle n’a pas été négligente dans la présente section.

#### 1) Quel droit s’applique?

[40] Comme on le verra, la Loi et le Règlement sur la responsabilité n’apportent pas une réponse à toutes les questions en litige. Ainsi, conformément à l’article 8.1 de la *Loi d’interprétation*, la première étape de l’analyse consiste à déterminer le droit provincial qui s’applique en arrière-plan de la Loi.

[41] À cet égard, ABB a soutenu que son contrat avec CN est régi par le droit québécois, car il a été conclu par deux entreprises dont le siège social se trouve au Québec et parce qu’il régissait le transport du transformateur depuis le Québec jusqu’au Kentucky. CN n’a pas pris une position ferme sur la question et a fait valoir, au contraire, que l’application du Code civil n’aurait [TRANSDUCTION] « pas d’incidence sur l’analyse ». CSXT nie que le droit québécois s’applique. Elle affirme que l’accord de 2011 conclu entre CN et ABB n’est pas régi par le droit civil, car les parties ont utilisé une notion de la common law, à savoir la négligence, dans la principale clause de l’accord. CSXT invoque aussi divers motifs pour s’opposer à l’application du Code civil, notamment le fait que la Loi et le Règlement n’ont pas besoin d’être complétés, que les provinces n’ont pas compétence sur le transport international, que CSXT est basée aux

in the United States only. Beyond acknowledging that it is subject to Canadian law, in particular the Act and the Liability Regulations, CSXT did not suggest that the law of any province other than Quebec was applicable.

[42] In such a situation, one cannot simply conclude that no law is applicable. Neither is there a presumption in favour of the common law, as this would be contrary to the equality of the civil law and common law traditions enshrined in section 8.1 of the *Interpretation Act*. The solution must be based on principle and not mere convenience.

[43] The identification of the applicable law in an action brought before this Court may give rise to a number of conceptual and practical difficulties. Where a legal situation is connected with more than one jurisdiction, there does not appear to be an accepted method to determine the province whose law should be applied, for the purposes of section 8.1 of the *Interpretation Act*. Where the dispute is brought before a provincial superior court, the solution would typically be derived from that province's rules of private international law. In the Federal Court, however, because the common law and civil law have equal status, there is no single set of private international law rules that can be applied to resolve the issue.

[44] A practical manner of sidestepping this conceptual hurdle while safeguarding the equality of the legal traditions is to look at the private international law rules of the Civil Code and those of the common law. If they converge towards the same result, this settles the issue.

[45] Articles 3111–3113 of the Civil Code set out the rules to determine the law applicable to a contract. Article 3111 provides that a contract is governed by the law designated in it. The ABB-CN contracts, however, contain no choice of law clause. Failing an explicit designation, article 3112 states that the applicable law is that of the jurisdiction “with which the act is most closely connected”. In turn, article 3113 sets out a presumption with respect to that connection:

États-Unis et qu'elle a transporté le transformateur uniquement aux États-Unis. Même si elle a reconnu qu'elle était assujettie au droit canadien, notamment à la Loi et au Règlement sur la responsabilité, CSXT n'a pas laissé entendre que le droit d'une province autre que le Québec s'appliquait.

[42] En pareil cas, on ne peut pas simplement conclure qu'aucun droit ne s'applique. Il n'existe pas non plus de présomption en faveur de la common law, car cela serait contraire à l'égalité des traditions de droit civil et de common law qui est consacrée à l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*. La solution doit être fondée sur des principes, et non sur la simple commodité.

[43] La détermination du droit applicable dans une action dont notre Cour est saisie peut donner ouverture à certaines difficultés conceptuelles et pratiques. Lorsqu'une situation juridique est liée à plus d'un ressort, il ne semble pas y avoir de méthode généralement acceptée pour déterminer la province dont le droit devrait s'appliquer, aux fins de l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*. Si une cour supérieure provinciale était saisie du litige, la solution émanerait normalement des règles de droit international privé de la province en cause. Devant la Cour fédérale, en revanche, puisque la common law et le droit civil ont un statut égal, il n'existe aucun ensemble de règles de droit international privé qui peut s'appliquer pour trancher la question.

[44] Un moyen pratique de contourner cet obstacle conceptuel, tout en garantissant l'égalité entre les traditions juridiques, consiste à examiner les règles de droit international privé du Code civil et celles de la common law. Si elles convergent vers le même résultat, il n'est pas nécessaire d'aller plus loin.

[45] Les articles 3111 à 3113 du Code civil exposent les règles pour établir le droit qui s'applique à un contrat. L'article 3111 dispose qu'un contrat est régi par le droit qu'il désigne. Les contrats entre ABB et CN, toutefois, ne contiennent pas de clause de choix de la loi applicable. Si le droit n'est pas expressément désigné, l'article 3112 indique que le droit applicable est celui du ressort qui « présente les liens les plus étroits avec cet acte ». L'article 3113, quant à lui, énonce une présomption à l'égard de ce lien :

**3113.** A juridical act is presumed to be most closely connected with the law of the State where the party who is to perform the prestation which is characteristic of the act has his residence or, if the act is concluded in the ordinary course of business of an enterprise, has his establishment.

[46] In the case of a contract for carriage, the carrier is the party performing the characteristic prestation: Jean Pineau and Guy Lefebvre, *Le contrat de transport de marchandises: terrestre, maritime et aérien*, rev. ed., Montréal: Éditions Thémis, 2016 (Pineau and Lefebvre, *Le contrat de transport*), at paragraph 77. Thus, the applicable law is that of CN's residence or establishment, namely, Quebec law.

[47] Canadian common law adopts an approach similar to that of article 3112 of the Civil Code, without, however, the presumption established in article 3113. In *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Segundo Casteleiro Y Colmenares*, [1967] S.C.R. 443, (1967), 62 D.L.R. (2d) 138, at page 448, the Supreme Court of Canada stated that:

... the problem of determining the proper law of a contract is to be solved by considering the contract as a whole in light of all the circumstances which surround it and applying the law with which it appears to have the closest and most substantial connection.

[48] This approach was adopted by the Federal Court of Appeal, most recently in *JPMorgan Chase Bank v. Lanner (The)*, 2008 FCA 399, [2009] 4 F.C.R. 109.

[49] In this case, the following factors show that the ABB-CN contracts have the closest and most substantial connection with Quebec, as opposed to any other Canadian province: CN and ABB both have their headquarters in Quebec; ABB's employees involved in concluding the contracts worked mainly in Quebec. In addition, with respect to the 2015 agreement, the movement originated in Quebec and, while the transformer was carried through Ontario, nothing of significance to this case happened in that province.

**3113.** Les liens les plus étroits sont présumés exister avec la loi de l'État dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de l'acte a sa résidence ou, si celui-ci est conclu dans le cours des activités d'une entreprise, son établissement.

[46] Dans le cas d'un contrat de transport, le transporteur est la partie qui effectue la prestation caractéristique du contrat : Jean Pineau et Guy Lefebvre, *Le contrat de transport de marchandises : terrestre, maritime et aérien*, éd. remaniée, Montréal : Éditions Thémis, 2016 (Pineau et Lefebvre, *Le contrat de transport*), au paragraphe 77. Ainsi, le droit applicable est celui du lieu de résidence ou d'établissement de CN, à savoir le droit québécois.

[47] La common law canadienne adopte une approche similaire à celle de l'article 3112 du Code civil, mais sans la présomption établie à l'article 3113. Dans l'arrêt *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Segundo Casteleiro Y Colmenares*, [1967] R.C.S. 443, à la page 448, la Cour suprême du Canada a écrit ceci :

[TRADUCTION] [...] le problème lié à l'établissement du droit applicable à un contrat doit être résolu en examinant le contrat dans son ensemble, à la lumière de toutes les circonstances qui l'entourent, et en appliquant le droit avec lequel il semble avoir le lien le plus étroit et le plus important.

[48] Cette approche a été adoptée par la Cour d'appel fédérale, plus récemment dans l'arrêt *JPMorgan Chase Bank c. Lanner (Le)*, 2008 CAF 399, [2009] 4 R.C.F. 109.

[49] En l'espèce, les facteurs suivants montrent que les contrats conclus entre ABB et CN présentent le lien le plus étroit et le plus important avec le Québec, et non avec une autre province canadienne : le siège social de CN et celui d'ABB sont situés au Québec; les employés d'ABB impliqués dans la conclusion des contrats travaillaient principalement au Québec. En outre, en ce qui concerne l'accord de 2015, le transport a été effectué depuis le Québec et, bien que le trajet du transformateur passait par l'Ontario, aucun événement pertinent au présent litige n'est survenu dans cette province.

[50] It has also been suggested that the applicable law is that of the jurisdiction where the bill of lading is issued, which is, in most cases, the point of origin of the shipment: John S. McNeil, *Motor Carrier Cargo Claims*, 5th ed., Toronto: Thomson/Carswell, 2007 (McNeil, *Motor Carrier Cargo Claims*), at pages 257–258. That would also make Quebec law applicable.

[51] I also reject CSXT’s argument that ABB and CN implicitly chose to subject the 2011 agreement to the common law and not the law of Quebec. First, while article 3111 of the Civil Code contemplates the possibility of an implied choice of law clause, the parties’ choice must be “inferred with certainty.” Second, a choice of law clause typically designates the law of a particular jurisdiction, not a legal tradition such as the common law or the civil law. Thus, the use of a common law term in a contract does not indicate an intention to choose the law of any specific common law jurisdiction. CSXT has not identified any precedent where the use of a common law term was held to amount to a choice of law. Third, negligence is not a term that belongs exclusively to the common law. It has been used for a long time in the civil law. McGill University’s *Dictionnaires de droit privé en ligne* define “negligence” as “[n]on-intentional fault consisting in the failure to act with the care required of a reasonable person in order to avoid the occurrence of a foreseeable damage in given circumstances”: <https://nimbus.mcgill.ca/pld-ddp/dictionary/show/16322>. The parties’ use of “negligence” in the 2011 agreement is compatible with an implied choice of Quebec law.

[52] Nor can I give effect to CN’s contention that the application of the Civil Code does not lead to a different result. This may or may not be true in any particular situation. One does not know before applying civil law to the problem at hand. Dismissing the application of the civil law on that basis would amount to applying the common law by default, contrary to the principle of equality of the common law and civil law enshrined in section 8.1 of the *Interpretation Act*.

[50] Il a aussi été affirmé que le droit applicable est celui du ressort où le connaissance est émis, ce qui est, dans la plupart des cas, le lieu d’expédition : John S. McNeil, *Motor Carrier Cargo Claims*, 5<sup>e</sup> éd., Toronto : Thomson/Carswell, 2007 (McNeil, *Motor Carrier Cargo Claims*), aux pages 257 et 258. Dans ce cas, le droit québécois serait également applicable.

[51] Je rejette aussi l’argument de CSXT selon lequel ABB et CN ont implicitement choisi d’assujettir l’accord de 2011 à la common law, et non au droit québécois. Premièrement, bien que l’article 3111 du Code civil prévoit la possibilité d’une clause de choix du droit applicable implicite, le choix des parties doit « résulte[r] d’une façon certaine ». Deuxièmement, une clause de choix du droit applicable désigne habituellement le droit d’un ressort particulier, et non une tradition juridique comme la common law ou le droit civil. Ainsi, l’utilisation d’un vocable de la common law dans un contrat ne témoigne pas d’une intention de choisir le droit d’un ressort particulier de common law. CSXT n’a mentionné aucun précédent dans lequel l’utilisation d’un terme de la common law a été considérée comme un choix du droit applicable. Troisièmement, la négligence n’est pas un terme qui appartient exclusivement à la common law. Il est utilisé depuis longtemps en droit civil. Le *Dictionnaires de droit privé en ligne* de l’Université McGill définit la « négligence » comme une « [f]aute non intentionnelle qui consiste à ne pas agir, dans une situation donnée, avec la diligence d’une personne raisonnable afin d’éviter la réalisation d’un préjudice prévisible » : <https://nimbus.mcgill.ca/pld-ddp/dictionary/show/21212>. L’utilisation par les parties du terme « négligence » dans l’accord de 2011 est compatible avec un choix implicite du droit québécois.

[52] Je ne peux pas non plus souscrire à l’argument de CN voulant que l’application du Code civil n’aboutisse pas à un résultat différent. Cela peut s’avérer exact ou non selon la situation, et on ne peut le savoir avant d’avoir analysé le problème selon le droit civil. Le fait de rejeter l’application du droit civil pour ce motif reviendrait à appliquer la common law par défaut, ce qui est contraire au principe d’égalité de la common law et du droit civil qui est consacré dans l’article 8.1 de la *Loi d’interprétation*.

## (2) Which Limitation of Liability Applies?

[53] A significant difficulty in this case results from the apparent discrepancy between the limitation of liability clauses found in the 2011 agreement and in the proposal and tariff issued by CN in 2014 and 2015. While the former qualifies the limitation of liability by the phrase, “unless negligence is proven”, the latter do not explicitly contain such a mention. On that basis, CN argues that, when entering into a contract in 2015, ABB and CN intended to displace the 2011 agreement and to limit CN’s liability even where negligence was proven. In other words, CN says that the 2015 agreement was a “separate agreement” entirely distinct from the 2011 agreement.

[54] I disagree with CN’s interpretation. While it is true that the 2011 and 2015 agreements are conceptually separate, they remain related and must be analysed together. By entering into the 2011 agreement, the parties set certain terms of their future contractual relationships and defined the parameters of the limitation of liability. CN’s argument assumes that the parties intended to depart from the rule they had set for themselves, without any basis in the evidence. In doing so, it deprives the 2011 agreement of any meaningful purpose. Moreover, if CN’s argument were to be accepted, ABB would be deprived of the protection afforded by section 137 of the Act.

(a) *The Contractual Matrix*

[55] It is not seriously in dispute that a contract must be interpreted in light of other contracts between the same parties or, if I may use that expression, in light of its “contractual matrix”: Pierre-Gabriel Jobin, “Comment résoudre le casse-tête d’un groupe de contrats” (2012), 46 *R.J.T.* 9; *Billards Dooly’s inc. v. Entreprises Prébour ltée*, 2014 QCCA 842 [*Billards Dooly’s*], at paragraphs 58–63. Nevertheless, CN argues that the 2011 agreement was superseded by the 2015 agreement. It invokes the well-known principles of interpretation to the effect that a subsequent provision takes precedence over a former provision and that a specific provision takes precedence over

## 2) Quelle limitation de responsabilité s’applique?

[53] En l’espèce, une difficulté importante découle de la divergence apparente entre les clauses de limitation de responsabilité qui figurent dans l’accord de 2011 et celles qui se trouvent dans l’offre et le tarif émis par CN en 2014 et en 2015. Bien que les clauses figurant dans l’accord de 2011 qualifient la limitation de responsabilité par le membre de phrase [TRADUCTION] « sauf si la négligence est prouvée », la proposition et le tarif ne contiennent pas explicitement une telle mention. Pour ce motif, CN affirme qu’en concluant un contrat en 2015, ABB et CN entendaient remplacer l’accord de 2011 et limiter la responsabilité de CN, même lorsqu’il y a preuve de négligence. Autrement dit, CN soutient que l’accord de 2015 était un « accord [entièrement] distinct » de l’accord de 2011.

[54] Je ne suis pas d’accord avec l’interprétation de CN. Bien que les accords de 2011 et de 2015 soient conceptuellement distincts, ils n’en demeurent pas moins liés et doivent être analysés ensemble. En concluant l’accord de 2011, les parties ont déterminé certaines modalités de leurs relations contractuelles futures et ont défini les paramètres de la limitation de responsabilité. Alors que la preuve ne fournit aucune indication en ce sens, l’argument de CN suppose que les parties ont voulu déroger à la règle qu’elles s’étaient donnée. Dans cette logique, on voit mal à quoi aurait servi l’accord de 2011. De plus, si l’argument de CN devait être retenu, ABB serait privée de la protection prévue par l’article 137 de la Loi.

a) *L’ensemble contractuel*

[55] Il n’est pas contesté qu’un contrat doit être interprété à la lumière d’autres contrats conclus entre les mêmes parties ou, si je puis utiliser cette expression, à la lumière de l’« ensemble contractuel » dont il fait partie : Pierre-Gabriel Jobin, « Comment résoudre le casse-tête d’un groupe de contrats » (2012), 46 *R.J.T.* 9; *Billards Dooly’s inc. c. Entreprises Prébour ltée*, 2014 QCCA 842 [*Billards Dooly’s*], aux paragraphes 58 à 63. Néanmoins, CN affirme que l’accord de 2015 a écarté celui de 2011. Elle invoque les principes d’interprétation bien connus selon lesquels une disposition subséquente a préséance sur une disposition plus ancienne et une

a more general one. In my view, however, it is not appropriate to resolve the matter by opposing the 2011 and 2015 agreements and giving priority to one or the other. Instead, one must examine the contractual matrix in its totality and ascertain the purpose that each piece of the matrix is intended to achieve. Only then can the provisions of the two agreements be reconciled.

[56] CN and ABB are in a long-term, repetitive contractual relationship. While such relationships are fertile ground for the emergence of tacit or informal contractual practices, the parties may also wish to give more structure to their relationship by entering into a more formal “framework agreement” intended to govern certain aspects of their ongoing contractual practices. This is what happened in this case when ABB and CN concluded the 2011 agreement.

[57] An example of the interplay between a framework agreement and subsequent contracts is provided by *STMicroelectronics Inc. v. Matrox Graphics Inc.*, 2007 QCCA 1784, [2008] R.J.Q. 73 (*Matrox*). At paragraph 24, the Court rejected the idea that the subsequent contracts of sale should be viewed in isolation:

The appellant claims that there were as many sales contracts between the parties as there were accepted orders. In a sense, this is true but it seems to me, on the basis of the evidence, that there was first a master or general contract between the parties, the performance of which subsequently occurred through successive sales/purchases. The terms of that contract were clarified by the exchange of documents in conjunction with the performance of the contract....

[58] The Court accepted that the parties who entered into a framework agreement could, at a later stage, tacitly agree on additional conditions by way of less formal exchanges of documents, but “without running counter to the terms and conditions of the master contract”: *Matrox*, at paragraph 37.

[59] The 2011 agreement is a formal, written agreement, bearing the signature of the parties. Its preamble explains the context and purpose of the agreement: the desire of the parties to limit CN’s liability for the transportation of ABB’s dimensional loads, in conformity with

disposition particulière a préséance sur une disposition plus générale. À mon avis, il n’est toutefois pas approprié d’opposer les accords de 2011 et de 2015 pour ensuite accorder la priorité à l’un ou à l’autre. Il faut plutôt examiner l’ensemble contractuel dans son intégralité et établir l’objectif de chaque élément de l’ensemble. Ce n’est qu’au terme de cet exercice qu’il est possible de réconcilier les dispositions de ces deux accords.

[56] CN et ABB ont une relation contractuelle répétitive et de longue durée. Bien qu’une telle relation constitue un terrain fertile à l’émergence de pratiques contractuelles implicites ou informelles, les parties peuvent aussi vouloir structurer davantage leur relation en concluant un « accord-cadre » destiné à régir certains aspects de leurs pratiques contractuelles. C’est ce qu’il s’est produit en l’espèce, lorsqu’ABB et CN ont conclu l’accord de 2011.

[57] L’arrêt *STMicroelectronics Inc. c. Matrox Graphics Inc.*, 2007 QCCA 1784, [2008] R.J.Q. 73 (*Matrox*), fournit un exemple d’interaction entre un accord-cadre et des contrats subséquents. Au paragraphe 24, la Cour a rejeté l’idée selon laquelle les contrats de vente subséquents devraient être examinés isolément :

L’appelante prétend qu’il y a eu entre les parties autant de contrats de vente que de commandes acceptées. En un sens, cela est vrai mais, par ailleurs, il me paraît, selon la preuve, qu’il y a d’abord eu entre les parties un contrat-cadre ou un contrat général qu’elles ont ensuite mis à exécution au moyen de ventes/achats successifs et dont les termes ont pu être précisés par les divers échanges de documents accompagnant cette exécution [...]

[58] La Cour a accepté que les parties qui ont conclu un accord-cadre puissent, à un stade ultérieur, tacitement accepter des clauses supplémentaires par le biais d’échanges de documents, mais « sans aller à l’encontre des termes du contrat-cadre » : *Matrox*, au paragraphe 37.

[59] L’accord de 2011 est un accord écrit formel signé par les parties. Son préambule explique le contexte et l’objectif de l’accord : le souhait des parties de limiter la responsabilité de CN pour le transport des chargements exceptionnels d’ABB, conformément à l’article 137 de

section 137 of the Act. Its operative part is very simple and was quoted above. It deals with a single issue, limitation of liability. It does not constitute, in and of itself, a contract for the carriage of a particular dimensional load. The obvious intention of the parties was to stipulate a standard term for all future contracts for the carriage of dimensional loads that would be made while this agreement remained in force. In other words, the parties established a strong presumption that their subsequent dealings would include a limitation of liability subject to the exception regarding negligence.

[60] In legal terms, this intention could be implemented in two different ways, depending on the circumstances. First, where a subsequent contract for carriage is silent regarding the limitation of liability, the 2011 agreement evinces the parties' intention to imply such a limitation in that contract for carriage (article 1434 of the Civil Code). Second, the 2011 agreement defines the parameters of the limitation of liability to which the parties intended to subject themselves. Where a subsequent contract for carriage provides for a limitation of liability without defining its parameters, one then reverts to the 2011 agreement. Thus, the 2011 agreement established a definition applicable to subsequent agreements. The latter must be interpreted according to that definition.

[61] The instant case fits in the second of these categories. In the electronic exchanges of documents that gave rise to the 2015 agreement, in particular CN's quote to ABB, one finds the mention "For Limited Liability of \$USD 25,000.00." Apart from the amount, this mention does not set forth the parameters of the intended limitation. One must presume that CN intended to apply the term agreed to in 2011, which was subject to an exception where "negligence is proven".

[62] It is in this context that CN's argument that the 2015 agreement displaced the 2011 agreement must be assessed. CN's argument disregards the purpose of the 2011 agreement. Indeed, it renders that agreement meaningless. Why would the parties make a formal contract providing for a limitation of liability "unless negligence

la Loi. Son dispositif est très simple; je l'ai reproduit plus haut. Il porte sur une seule question : la limitation de la responsabilité. Il ne constitue pas en soi un contrat relatif au transport d'un chargement exceptionnel particulier. L'intention évidente des parties était d'établir une clause standard de tous les futurs contrats de transport de chargements exceptionnels qui seraient conclus pendant que cet accord demeurait en vigueur. Autrement dit, les parties ont établi une forte présomption selon laquelle leurs relations futures comprendraient une limitation de responsabilité assortie d'une exception en cas de négligence.

[60] En termes juridiques, cette volonté pouvait se traduire de deux manières différentes, selon les circonstances. Premièrement, si un contrat de transport subséquent est silencieux au sujet de la limitation de responsabilité, l'accord de 2011 témoigne de la volonté des parties qu'une telle limitation constitue une clause implicite (article 1434 du Code civil) de ce contrat de transport. Deuxièmement, l'accord de 2011 définit les paramètres de la limitation de responsabilité à laquelle les parties entendent s'assujettir. Si un contrat de transport subséquent prévoit une limitation de responsabilité sans en définir les paramètres, c'est à l'accord de 2011 qu'il faut alors s'en remettre. L'accord de 2011 établit donc une définition visant les accords subséquents. Il faut donc interpréter ceux-ci en fonction de cette définition.

[61] Le cas d'espèce relève du deuxième cas de figure. Dans les échanges de documents électroniques qui ont donné lieu à l'accord de 2015, plus précisément dans le devis que CN a adressé à ABB, on retrouve la mention [TRADUCTION] « Pour une responsabilité limitée de 25 000 \$ US ». Outre le montant, cette mention ne précise pas les paramètres de la limitation envisagée. Il faut présumer que CN prévoyait appliquer la clause sur laquelle les parties s'étaient entendues en 2011, qui faisait l'objet d'une exception en cas de négligence.

[62] C'est dans ce contexte qu'il faut examiner l'argument de CN, selon lequel l'accord de 2015 a écarté celui de 2011. L'argument de CN ne tient pas compte de l'objectif de l'accord de 2011. En réalité, il vide cet accord de son sens. Pourquoi les parties concluraient-elles un contrat formel prévoyant une limitation de responsabilité,



is proven”, if a telegraphic mention of “limited liability” in a subsequent email exchange is sufficient to substitute a different rule? CN’s interpretation would give the 2011 agreement “no effect”, contrary to article 1428 of the Civil Code. The better interpretation is that, when it offered to carry the transformer subject to its “limited liability”, CN was referring to the standard limitation of liability clause that the parties had agreed to in 2011. Moreover, there is every reason to believe that ABB understood it in that way.

[63] Of course, it is always open to parties to a contract to change or terminate it by a subsequent agreement, expressly or tacitly. The 2015 agreement does not evince any express intention to displace the 2011 agreement. As I mentioned above, the mention of “limited liability” in the 2015 agreement can be interpreted in a manner compatible with the 2011 agreement.

[64] Moreover, when parties entered into a formal framework agreement intended to govern the making of future contracts, courts should be loath to find that they tacitly agreed to different terms, as the Quebec Court of Appeal noted in *Matrox*. In this regard, CN did not bring any evidence of ABB’s tacit agreement to change the terms of the 2011 agreement. The little evidence that was entered in the court record rather shows the opposite. When confronted with the apparent discrepancy between the 2011 agreement and the 2015 quote, Mr. Neil MacKinnon, CN’s representative on discovery, offered the following explanations, which are consistent with the interpretation I reached by analyzing the documents themselves:

115 Q. So how do, in your view, these two work together?

A. We have our clients sign a limitation of liability stating that CN is responsible for up to \$25,000.00 of damage. This is in our proposal, in our terms and conditions, it is restated.

[TRADUCTION] « sauf si la négligence est prouvée », si la mention télégraphique d’une [TRADUCTION] « responsabilité limitée » dans un échange de courriels subséquent suffisait pour y substituer une règle différente? L’interprétation de CN n’accorderait « aucun effet » à l’accord de 2011, contrairement à l’article 1428 du Code civil. L’interprétation plus appropriée est que, lorsque CN a offert de transporter le transformateur sous réserve de sa « responsabilité limitée », elle renvoyait à la clause standard de limitation de responsabilité dont les parties avaient convenu en 2011. De plus, tout porte à croire que c’est ainsi qu’ABB a compris la proposition.

[63] Bien entendu, il est toujours loisible aux parties à un contrat de modifier ou de résilier ce dernier au moyen d’un accord subséquent, que celui-ci soit exprès ou tacite. L’accord de 2015 ne fait état d’aucune intention expresse d’écarter l’accord de 2011. Comme je l’ai indiqué plus haut, la mention de « responsabilité limitée » qui figure dans l’accord de 2015 peut être interprétée d’une manière compatible avec l’accord de 2011.

[64] Par ailleurs, lorsque les parties ont conclu un accord-cadre formel destiné à régir la conclusion de futurs contrats, les tribunaux devraient être réticents à conclure qu’elles ont convenu, de manière tacite, de conditions différentes, comme la Cour d’appel du Québec l’a mentionné dans l’arrêt *Matrox*. À ce sujet, CN n’a présenté aucune preuve de l’accord tacite d’ABB visant à modifier les conditions de l’accord de 2011. Le peu de preuve qui figure au dossier révèle plutôt le contraire. Lorsqu’interrogé au sujet de la divergence apparente entre l’accord de 2011 et le devis de 2015, M. Neil MacKinnon, représentant de CN lors de l’interrogatoire préalable, a fourni les explications suivantes, qui sont conformes à l’interprétation à laquelle je suis parvenu en analysant les documents eux-mêmes :

[TRADUCTION]

115 Q. Selon vous, comment l’accord et le devis fonctionnent-ils ensemble?

R. Nos clients signent une limitation de responsabilité qui indique que CN est responsable des dommages jusqu’à hauteur de 25 000 \$. Cela figure dans notre offre et est précisé de nouveau dans nos conditions.

116 Q. Okay. But your agreement that you get the client to sign actually goes beyond that, it says it's limited to 25,000 unless negligence is proven, correct?

A. In this particular document, yes.

117 Q. Well, that would be the document that the client signs that governs the transportation, correct?

A. For the limitation of liability, yes.

118 Q. For the limitation of liability. So you would agree with me that the proposal on what I'm looking at, [the 2015 proposal], the limitation is subject to the [2011 agreement]?

A. Yes.

[65] At trial, CN sought to distance itself from Mr. MacKinnon's testimony, because he was not employed by CN in 2011, did not have direct knowledge of certain subjects on which he testified and was called to opine on the meaning of legal documents. However, rule 241 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, requires a party's representative on discovery to inform themselves of the relevant facts. Moreover, Mr. MacKinnon's answers did not amount to a legal opinion. The parties' intention when concluding an agreement is a fact that is relevant and admissible for the purposes of interpreting the agreement: articles 1425 and 2864 of the Civil Code.

[66] CN also relies on the examination on discovery of Mr. Paolo Castellan, ABB's representative. Mr. Castellan agreed that the carriage of the transformer was subject to a \$25 000 limitation of liability. He was not asked, however, whether that limitation was subject to an exception where "negligence is proven". Thus, his evidence is of little assistance in deciding the question at issue.

[67] That brings me to the cases invoked by CN in support of its interpretive argument. I will discuss only two of them, which were highlighted in oral argument. The first case is *2195002 Ontario Inc. v. Tribute*

116 Q. Très bien. Mais votre accord que le client signe va en réalité au-delà de cette condition puisqu'il précise que la limite est fixée à 25 000 \$, sauf si la négligence est prouvée, n'est-ce pas?

R. Dans ce document précis, oui.

117 Q. Il s'agirait du document que le client signe et qui régit le transport; est-ce exact?

R. Relativement à la limitation de responsabilité, oui.

118 Q. En ce qui concerne la limitation de responsabilité. Seriez-vous donc d'accord pour dire que dans le cas de l'offre que j'examine [l'offre de 2015], la limitation fait l'objet de l'[accord de 2011]?

R. Oui.

[65] Lors du procès, CN a tenté de se distancier du témoignage de M. MacKinnon, car il ne travaillait pas pour CN en 2011, il n'était pas personnellement au courant de certains sujets concernant lesquels il a témoigné, et il a été invité à donner son avis sur le sens de documents juridiques. Cependant, la règle 241 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, exige que le représentant d'une partie, lors d'un interrogatoire préalable, se renseigne lui-même sur les faits pertinents. De plus, les réponses de M. MacKinnon ne constituaient pas un avis juridique. L'intention des parties, au moment de conclure un contrat, est un fait pertinent et admissible aux fins d'interprétation du contrat : articles 1425 et 2864 du Code civil.

[66] CN s'appuie également sur l'interrogatoire préalable de M. Paolo Castellan, représentant d'ABB. M. Castellan a convenu que le transport du transformateur était assujéti à une limite de responsabilité de 25 000 \$. On ne lui a toutefois pas demandé si cette limitation faisait l'objet d'une exception [TRADUCTION] si « la négligence [était] prouvée ». C'est pourquoi son témoignage est peu utile pour trancher la question en litige.

[67] Cela m'amène aux décisions invoquées par CN pour appuyer son argument interprétatif. Je n'aborderai que deux d'entre elles, qui ont été mises en évidence lors des plaidoiries. La première affaire est *2195002 Ontario*

*Resources Inc.*, 2012 ONSC 5412 (CanLII), 113 O.R. (3d) 67, affd 2013 ONCA 576, 117 O.R. (3d) 192. It involved two successive agreements granting certain rights regarding oil and gas extraction to Tribute Resources. When the dispute arose, the second agreement had been terminated, but the first one remained in force. The question was whether the first agreement granted “storage rights”. The Court found that whatever rights were granted by the first agreement were superseded by the second agreement. It is important to note that the Court provided several reasons for its finding, in particular the fact that the second agreement contained an “entire agreement” clause. Thus, the Court’s statement, at paragraph 34, that “common sense requires a finding that the later contract governs”, must be read in the specific context of that case. Contrary to the contracts at issue here, the parties in that case did not enter into a “framework agreement” intended to govern the making of subsequent contracts. Thus, that case is of little assistance.

[68] CN also invokes *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12 (*BG Checo*), at page 24, for the proposition that specific clauses in a contract take precedence over more general ones. CN says that the 2011 agreement is a general provision and the 2015 agreement would be more specific. However, it is equally plausible to consider that the 2011 agreement makes specific provision for the issue of liability, while the 2015 agreement dealt generally with the other terms for the carriage of the transformer, such as routing and price. Thus, the principle that specific terms prevail over general ones is of little assistance. The Supreme Court in *BG Checo*, however, made a more general pronouncement:

....Where there are apparent inconsistencies between different terms of a contract, the court should attempt to find an interpretation which can reasonably give meaning to each of the terms in question. Only if an interpretation giving reasonable consistency to the terms in question cannot be found will the court rule one clause or the other ineffective ....

*Inc. v. Tribute Resources Inc.*, 2012 ONSC 5412 (CanLII), 113 O.R. (3d) 67, conf. par 2013 ONCA 576, 117 O.R. (3d) 192. Elle concernait deux contrats successifs qui octroyaient certains droits relatifs à l’extraction pétrolière et gazière à Tribute Resources. Lorsque le litige est survenu, le deuxième contrat avait été résilié, mais le premier demeurait en vigueur. La question était de savoir si le premier contrat conférait des « droits d’entreposage ». La Cour a conclu que les droits conférés par le premier contrat, quels qu’ils aient été, avaient été remplacés par ceux octroyés par le deuxième contrat. Il est important de mentionner que plusieurs motifs justifiaient la conclusion de la Cour, notamment le fait que le deuxième contrat contenait une clause d’intégralité. Ainsi, l’affirmation de la Cour, au paragraphe 34, selon laquelle [TRADUCTION] « le bon sens exige de conclure que le dernier contrat a préséance », doit être lue dans le contexte particulier de cette affaire. Contrairement aux contrats en cause en l’espèce, les parties dans cette affaire n’ont pas conclu un « accord-cadre » destiné à régir la conclusion de contrats subséquents. Cette affaire est donc peu utile.

[68] CN invoque également l’arrêt *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12 (*BG Checo*), à la page 24 au soutien de la proposition selon laquelle les clauses particulières d’un contrat ont préséance sur les clauses plus générales. CN affirme que l’accord de 2011 est une disposition générale et que l’accord de 2015 serait plus précis. Cependant, on peut tout aussi bien affirmer que l’accord de 2011 constitue une disposition particulière concernant la question de la responsabilité, tandis que l’accord de 2015 traitait de manière générale des autres conditions relatives au transport du transformateur, comme l’itinéraire et le prix. Par conséquent, le principe selon lequel les clauses particulières ont préséance sur les clauses générales est peu utile. En revanche, la Cour suprême, dans l’arrêt *BG Checo*, a affirmé de manière plus générale que :

[...] Lorsque des incompatibilités ressortent entre différentes conditions d’un contrat, le tribunal doit tenter de trouver une interprétation qui peut raisonnablement attribuer un sens à chacune des conditions en question. Le tribunal ne conclura à l’inapplicabilité d’une clause que s’il ne peut trouver une interprétation qui en rend les conditions raisonnablement compatibles [...]

[69] These guidelines are the common law parallel to article 1427 of the Civil Code, according to which a clause must be interpreted in light of the contract as a whole. This is exactly the process that led to the interpretation that I have reached above: the 2011 and 2015 agreement are compatible if one reads the “limitation of liability” in the latter as a reference to the more fulsome term in the former.

(b) *An External Clause?*

[70] CN relies on article 1435 of the Civil Code to argue that the 2011 agreement constitutes an external clause that cannot be part of the 2015 agreement, because the latter does not contain an explicit reference to the former. I cannot agree, because article 1435 aims at ensuring that a party can take cognizance of external documents that the other party wishes to incorporate by reference into the contract. It cannot apply where the parties have expressly agreed on a standard clause that they intend to incorporate in subsequent contracts.

[71] The concept of external clause is not defined by the Civil Code. It usually describes rules or norms that are found in a document separate from the contractual document signed by the parties. For example, a contract of sale may contain a provision to the effect that the sale is subject to the seller’s standard terms and conditions, which are found in a separate document.

[72] In *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801 (*Dell*), at paragraph 98, the Supreme Court of Canada held that article 1435 was aimed at ensuring that the party against whom an external clause is invoked has had “a reasonable opportunity to read it.” Thus, article 1435 involves an “implied precondition of accessibility” (*Dell*, at paragraph 99) with respect to external clauses. Logically, such a clause would not be accessible if the contractual documents signed by the parties or exchanged between them did not refer to it or, in other words, did not alert the reader of the contract to its existence: Didier Lluellas and Benoît Moore, *Droit des obligations*, 3rd ed. (Montréal: Éditions Thémis, 2018), at paragraph 1459.

[69] Ces lignes directrices correspondent, dans la common law, à l’article 1427 du Code civil, selon lequel une clause doit être interprétée à la lumière du contrat dans son ensemble. C’est exactement le processus qui a abouti à l’interprétation à laquelle je suis parvenu ci-dessus : l’accord de 2011 et celui de 2015 sont compatibles si la « limitation de responsabilité » dans le second accord renvoie à la clause plus complète contenue dans le premier.

b) *Une clause externe?*

[70] CN s’appuie sur l’article 1435 du Code civil pour soutenir que l’accord de 2011 constitue une clause externe qui ne peut pas faire partie de l’accord de 2015, car celui-ci ne contient aucune référence explicite à l’accord précédent. Je ne puis accepter cet argument, car l’article 1435 vise à s’assurer qu’une partie peut prendre connaissance de documents externes que l’autre partie souhaite incorporer par renvoi au contrat. Il ne peut s’appliquer à une situation dans laquelle les parties ont expressément convenu d’une clause standard destinée à être incorporée à leurs contrats futurs.

[71] La notion de clause externe n’est pas définie par le Code civil. Elle décrit généralement des règles ou des normes qui figurent dans un document distinct du document contractuel signé par les parties. Par exemple, un contrat de vente peut contenir une disposition selon laquelle la vente est assujettie aux clauses standard du vendeur, qui se trouvent dans un document distinct.

[72] Dans l’arrêt *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801 (*Dell*), au paragraphe 98, la Cour suprême du Canada a conclu que l’article 1435 visait à garantir que la partie contre laquelle une clause externe est invoquée avait eu « une possibilité raisonnable d’en prendre connaissance ». Ainsi, l’article 1435 comprend une « condition préalable implicite d’accessibilité » (*Dell*, au paragraphe 99) à l’égard de clauses externes. Logiquement, une telle clause ne serait pas accessible si les documents contractuels signés par les parties ou échangés entre elles n’y renvoient pas ou, en d’autres termes, s’ils ne signalent pas son existence au lecteur du contrat : Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd. (Montréal : Éditions Thémis, 2018), au paragraphe 1459.

[73] These requirements, however, are not applicable in this case. A prior contract cannot be considered as an external clause with respect to a subsequent contract between the same parties. The accessibility concerns that underpin the rules regarding external clauses do not arise in a situation where what one party seeks to characterize as an external clause is a prior contract that both parties assented to.

[74] In any event, the use of a contract to interpret a subsequent contract between the same parties has never been subject to the requirement that the latter contain an explicit reference to the former: see, for example, *Billards Dooly's*.

(c) *Section 137*

[75] I also agree with ABB's subsidiary argument to the effect that the 2015 agreement, even if it is considered as a "separate agreement", does not comply with section 137 of the Act, because it is not "signed by the shipper."

[76] Section 137 seeks to accomplish two things. First, it withdraws liability issues from the scope of what a railway company may unilaterally impose by way of a tariff. Instead, it requires that such issues be dealt with by way of agreement. This is what the Federal Court of Appeal appeared to have in mind when it described the purpose of section 137 as giving "leverage" to the shippers: *Canexus*, at paragraph 95. Second, by requiring a "written agreement that is signed by the shipper," Parliament imposed a requirement as to the form of such an agreement. It must be assumed that Parliament was aware of the frequent use of informal contractual practices in the transportation industry and was of the view that some heightened requirement was necessary to protect shippers. As the British Columbia Supreme Court said in *Mitsubishi Heavy Industries Ltd. v. Canadian National Railway Company*, 2012 BCSC 1415, 38 B.C.L.R. (5th) 169 (*Mitsubishi*), at paragraph 133, this aspect of section 137 is intended to ensure that shippers are properly informed of the applicable limitations of liability or, if I may put it differently, that shippers are actually aware of these limitations. The 2015 agreement was not signed and so does not meet that requirement.

[73] Ces exigences, toutefois, ne sont pas applicables en l'espèce. On ne peut qualifier un contrat antérieur de clause externe relativement à un contrat subséquent conclu entre les mêmes parties. Les préoccupations quant à l'accessibilité qui sous-tendent les règles concernant les clauses externes n'entrent pas en jeu dans une situation où une partie tente de qualifier un contrat antérieur, auquel les deux parties ont consenti, de clause externe.

[74] De toute manière, l'utilisation d'un contrat pour interpréter un contrat subséquent conclu entre les mêmes parties n'a jamais été assujettie à l'exigence que le contrat subséquent contienne une référence explicite au contrat précédent : voir, par exemple, l'arrêt *Billards Dooly's*.

c) *L'article 137*

[75] Je suis également d'accord avec l'argument subsidiaire d'ABB selon lequel l'accord de 2015, même s'il devait être considéré comme un « accord distinct », n'est pas conforme à l'article 137 de la Loi, car il n'est pas « signé [...] par l'expéditeur ».

[76] L'article 137 vise à accomplir deux choses. Premièrement, il empêche les compagnies de chemin de fer d'imposer unilatéralement, au moyen d'un tarif, des règles relatives à la responsabilité. Il exige plutôt que ces questions fassent l'objet d'une entente. C'est ce que la Cour d'appel fédérale a semblé avoir en tête lorsqu'elle a décrit l'objet de l'article 137 comme étant de donner des « moyens » aux expéditeurs : *Canexus*, au paragraphe 95. Deuxièmement, en exigeant un « accord écrit signé [...] par l'expéditeur », le législateur a imposé une exigence quant à la forme d'un tel accord. On doit présumer que le législateur savait que l'utilisation de pratiques contractuelles informelles était fréquente dans l'industrie du transport et qu'il était d'avis que des exigences accrues étaient nécessaires pour protéger les expéditeurs. Comme la Cour suprême de Colombie-Britannique l'a déclaré dans l'arrêt *Mitsubishi Heavy Industries Ltd. v. Canadian National Railway Company*, 2012 BCSC 1415, 38 B.C.L.R. (5th) 169 (*Mitsubishi*), au paragraphe 133, cet aspect de l'article 137 vise à s'assurer que les expéditeurs sont correctement informés des limites de responsabilité applicables ou, si je puis m'exprimer autrement, que

[77] In spite of this, CN argues that in *Mitsubishi*, and *Canadian Pacific Railway Company v. Boutique Jacob Inc.*, 2008 FCA 85, 375 N.R. 160 (*Boutique Jacob*), at paragraph 48, the courts held that any agreement between the shipper and the carrier is an “agreement ... signed by the shipper” within the meaning of section 137, irrespective of its form, as long as there is a meeting of the minds. These two cases, however, dealt with a situation where a third party was challenging the application of a confidential agreement containing a limitation of liability between the shipper and the carrier, in the context of multimodal transport. The parties to the confidential agreements did not dispute their validity nor their compliance with section 137. The only difficulty was that the copy of the agreement that was filed in evidence was not signed. In these circumstances, the owner of the goods, who was not considered the “shipper” within the meaning of the Act, was not allowed to invoke section 137 to its benefit. Thus, when read in context, *Boutique Jacob* and *Mitsubishi* do not stand for the proposition that any meeting of the minds, however informal, can be considered a “written agreement ... signed by the shipper.” Moreover, in the present case, there is no doubt that ABB is the shipper and can invoke section 137.

[78] CSXT also argued that ABB should have known that carriage by rail is usually subject to limitations of liability, with the result that such a limitation should be implied in the contracts at issue. Section 137, however, does not allow limitations of liability to be implied. In any event, what is at stake in this case is not the existence of a limitation of liability, but the scope of its exceptions. Even if there were proof of a usage in this respect, the express provisions of the 2011 agreement would prevail over any inconsistent usage.

(d) *Validity of the Limitation*

[79] Before trial, I asked the parties to make submissions regarding *Canadian National Railway Company*

les expéditeurs connaissent en fait ces limites. L'accord de 2015 n'a pas été signé et ne satisfait donc pas à cette exigence.

[77] Malgré cela, CN affirme que dans les arrêts *Mitsubishi* et *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Boutique Jacob Inc.*, 2008 CAF 85 (*Boutique Jacob*), au paragraphe 48, les tribunaux ont conclu que tout accord entre l'expéditeur et le transporteur est un « accord écrit signé [...] par l'expéditeur » au sens de l'article 137, indépendamment de sa forme, du moment qu'il y a accord des volontés. Ces deux affaires portaient cependant sur une situation où un tiers contestait l'application d'un accord confidentiel contenant une limitation de responsabilité entre l'expéditeur et le transporteur, dans le contexte du transport multimodal. Les parties aux accords confidentiels n'ont pas contesté leur validité ou leur conformité à l'article 137. L'unique problème était que la copie de l'accord qui était déposée en preuve n'était pas signée. Dans ces circonstances, le propriétaire des marchandises, qui n'était pas considéré comme l'« expéditeur » au sens de la Loi, n'était pas autorisé à invoquer l'article 137 en sa faveur. Par conséquent, lorsqu'ils sont lus dans leur contexte, l'arrêt *Boutique Jacob* et la décision *Mitsubishi* n'appuient pas la proposition selon laquelle tout accord des volontés, bien qu'informel, puisse être considéré comme un « accord écrit signé [...] par l'expéditeur ». De plus, en l'espèce, il ne fait aucun doute qu'ABB est l'expéditeur et qu'il peut invoquer l'article 137.

[78] CSXT a également soutenu qu'ABB aurait dû savoir que le transport ferroviaire est habituellement assujéti à des limitations de responsabilité, si bien qu'une telle limitation devrait constituer une clause implicite des contrats en cause. Or, l'article 137 s'oppose au concept de limitation implicite de responsabilité. Quoi qu'il en soit, l'enjeu du présent litige n'est pas l'existence d'une limitation de responsabilité, mais plutôt la portée de ses exceptions. Même s'il y avait preuve d'un usage à ce sujet, les dispositions explicites de l'accord de 2011 l'emporteraient sur tout usage incompatible.

d) *Validité de la limitation*

[79] Avant le procès, j'ai demandé aux parties de présenter des observations concernant l'arrêt *Canadian*

v. *Ace European Group Ltd.*, 2019 QCCA 1374. In that case, the Quebec Court of Appeal declared invalid a total exclusion of liability in a contract for carriage by rail. There was no exception for cases of negligence. The Court reasoned that, in enacting section 137, Parliament did not have the intention to allow railway companies to exclude their liability entirely, even where they were at fault. This, said the Court, would change the nature of the contract for carriage, as it would render its main obligation meaningless (or “purely potestative”).

[80] As I have found that the limitation of liability at issue here is subject to an exception for cases of negligence, the reasoning of the Quebec Court of Appeal cannot be transposed to this case. One cannot say that the limitation found in the 2011 and 2015 agreements eviscerates the main obligation of the contract for carriage.

(3) Is CN Liable for CSXT’s Negligence?

[81] ABB does not argue that CN was itself negligent in carrying the transformer. Thus, to engage CN’s liability, ABB must show that CN is liable for CSXT’s negligence. In my view, ABB succeeds on this front on the basis of section 8 of the Liability Regulations. Thus, at this stage, it is not necessary to discuss the legal characterization of the relationships between the parties under the Civil Code or ABB’s arguments that CSXT is a subcontractor to CN or that CN would be vicariously liable, in tort, for CSXT’s negligence. Some of these issues will be addressed at greater length when dealing with ABB’s direct claim against CSXT.

[82] Section 8 of the Liability Regulations deals with the situation where goods are successively carried by more than one carrier. It reads as follows:

**8 (1)** Where the transportation of goods involves more than one carrier, the originating carrier shall be liable for

*National Railway Company c. Ace European Group Ltd.*, 2019 QCCA 1374. Dans cette affaire, la Cour d’appel du Québec a déclaré non valide une exclusion totale de responsabilité dans un contrat de transport ferroviaire. Aucune exception n’était prévue en cas de négligence. La Cour a considéré qu’en adoptant l’article 137, le législateur n’avait pas l’intention de permettre aux compagnies de chemin de fer d’exclure entièrement leur responsabilité, même lorsqu’elles avaient commis une faute. Selon la Cour, accepter une telle proposition dénaturerait le contrat de transport, car cela viderait sa principale obligation de son sens (ou rendrait celle-ci purement potestative).

[80] Puisque j’estime que la limitation de responsabilité en l’espèce est assujettie à une exception en cas de négligence, le raisonnement de la Cour d’appel du Québec ne peut être transposé au présent cas. On ne peut pas affirmer que la limitation figurant dans les accords de 2011 et de 2015 vide la principale obligation du contrat de transport de sa substance.

3) CN est-elle responsable de la négligence de CSXT?

[81] ABB ne prétend pas que CN a fait elle-même preuve de négligence en transportant le transformateur. Ainsi, pour engager la responsabilité de CN, ABB doit démontrer que CN est responsable de la négligence de CSXT. À mon avis, l’article 8 du Règlement sur la responsabilité donne raison à ABB quant à cette question. Il n’est donc pas nécessaire, à ce stade, d’analyser la qualification juridique des relations entre les parties selon le Code civil, ou les arguments d’ABB selon lesquels CSXT est un sous-traitant de CN ou que CN serait responsable du fait d’autrui, en responsabilité délictuelle, pour la négligence de CSXT. Certaines de ces questions seront examinées plus longuement au moment de traiter l’action intentée par ABB contre CSXT.

[82] L’article 8 du Règlement sur la responsabilité porte sur la situation où le transport des marchandises est effectué successivement par plus d’un transporteur. Il est rédigé comme suit :

**8 (1)** Lorsque le transport des marchandises est effectué par plus d’un transporteur, le transporteur initial est

any loss of or damage to the goods or for any delay in respect of the goods while the goods are in the possession of any other carrier to whom the goods have been delivered.

(2) The onus of proving that any loss of or damage to goods or any delay in respect of goods was not caused by or did not result from any act, negligence or omission of any other carrier to whom the goods have been delivered shall be on the originating carrier.

(3) The originating carrier is entitled to recover from any other carrier referred to in subsection (1) the amount paid by the originating carrier in respect of liability for loss of or damage to the goods while those goods were in the possession of the other carrier.

(4) Nothing in this section limits or in any way affects any remedy or right of action a person may have against any carrier.

[83] ABB argues that the situation comes squarely within subsection 8(1): CN, the originating carrier, is liable for damage to the goods while they were in possession of CSXT. CN, on its part, responds that section 8 simply does not apply. In its view, the 2011 agreement supersedes the Liability Regulations in their entirety. For the following reasons, I am unable to agree with CN.

[84] CN's argument is based on the structure of section 137 of the Act. Subsection 137(1), which I quoted above, provides that issues regarding liability may be dealt with by a signed agreement between the carrier and the shipper. Subsection 137(2) then provides that "[i]f there is no agreement, the railway company's liability to the shipper ... shall be dealt with ... in the manner set out in the regulations." Thus, according to CN, any agreement under subsection 137(1), whatever its scope, ousts the Liability Regulations in their entirety. These regulations would only apply if "there is no agreement" at all.

[85] Parliament, however, cannot have intended such a result. Section 137 enables shippers and carriers to exercise their contractual freedom regarding liability issues. At the same time, Parliament granted the Agency the power

responsable des pertes, des dommages et des retards de transport subis par les marchandises pendant qu'elles sont en la possession des autres transporteurs à qui elles sont livrées.

(2) Il incombe au transporteur initial de prouver que les pertes, les dommages et les retards subis par les marchandises ne sont pas attribuables à des actes, à des omissions ou à la négligence des autres transporteurs à qui les marchandises sont livrées.

(3) Le transporteur initial peut récupérer auprès des autres transporteurs visés au paragraphe (1) le montant qu'il a payé pour les pertes ou les dommages subis par les marchandises pendant qu'elles étaient en leur possession.

(4) Le présent article n'a pas pour effet de porter atteinte au droit de recours ou de poursuite qu'une personne peut exercer à l'encontre d'un transporteur.

[83] ABB affirme que la situation cadre parfaitement avec le paragraphe 8(1) : CN, le transporteur initial, est responsable des dommages subis par les marchandises pendant qu'elles sont en la possession de CSXT. CN, quant à elle, répond que l'article 8 ne s'applique tout simplement pas. Selon elle, l'accord de 2011 écarte le Règlement sur la responsabilité dans son intégralité. Pour les motifs suivants, je ne peux me rendre aux arguments de CN.

[84] L'argument de CN est fondé sur la structure de l'article 137 de la Loi. Le paragraphe 137(1), que j'ai reproduit plus haut, dispose que les questions concernant la responsabilité peuvent être traitées au moyen d'un accord conclu entre le transporteur et l'expéditeur. Ensuite, le paragraphe 137(2) porte qu'« [e]n l'absence d'un tel accord, le traitement [...] de la question de la responsabilité de la compagnie de chemin de fer, à l'égard de l'expéditeur, [...] est régi [...] selon les modalités prévues par règlement ». Par conséquent, selon CN, tout accord aux termes du paragraphe 137(1), quelle que soit sa portée, supplante le Règlement sur la responsabilité dans son intégralité. Ce Règlement ne s'appliquerait qu'« [e]n l'absence [totale] d'un tel accord ».

[85] Le législateur, cependant, ne peut pas avoir eu l'intention de parvenir à un tel résultat. L'article 137 permet aux expéditeurs et aux transporteurs d'exercer leur liberté contractuelle concernant les questions relatives à



to set out a suppletive regime governing these issues by default. In doing so, Parliament must have recognized that it is more efficient to legislate default terms than to require the parties to negotiate every minute term of a contract for carriage: Ejan Mackaay and Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, 2nd ed., Paris Dalloz: Éditions Thémis, 2008, at pages 376–378. Subsections (1) and (2) of section 137 reflect the relationship between contractual freedom and legislated default terms. In addition, by imposing requirements as to form, subsection 137(1) aims at protecting shippers from the unilateral imposition of a liability regime that departs from the default provisions found in the Liability Regulations.

[86] Thus, where an agreement made pursuant to subsection 137(1) deals with a single specific issue, it prevails over the provisions of the Liability Regulations that deal with that specific issue. However, it does not oust the Liability Regulations in their entirety. Neither Parliament nor the parties had the intention to create a legal void.

[87] In this case, the 2011 agreement deals with a single issue—limitation of liability. It ousts section 4 of the Liability Regulations, inasmuch as the latter provides for liability without limitation. It says nothing regarding other topics covered by the Liability Regulations, in particular the liability of successive carriers. Nothing in the 2011 agreement suggests that ABB and CN intended to deal with anything other than the limitation of liability or to exclude the Liability Regulations in their entirety. As a result, subsection 8(1) of the Liability Regulations renders CN liable for damage to the goods while in CSXT's possession, provided, pursuant to the 2011 agreement, that “negligence is proven.”

[88] In this regard, CN also argues that the reference to “negligence” in the 2011 agreement must be construed as referring only to CN's negligence, to the exclusion of CSXT's. However, this would amount to adding words

la responsabilité. Parallèlement, le législateur a accordé à l'Office le pouvoir d'établir un régime supplétif qui régit ces questions par défaut. Ce faisant, le législateur doit avoir reconnu qu'il est plus efficace d'adopter des clauses supplétives que d'exiger des parties qu'elles négocient le contenu d'un contrat de transport jusque dans les plus fins détails : Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz : Éditions Thémis, 2008, aux pages 376 à 378. Les paragraphes (1) et (2) de l'article 137 mettent en évidence la relation entre la liberté contractuelle et les clauses supplétives qui tirent leur origine de la loi. En outre, en imposant des exigences quant à la forme, le paragraphe 137(1) vise à protéger les expéditeurs de l'imposition unilatérale d'un régime de responsabilité qui s'écarte des dispositions supplétives figurant dans le Règlement sur la responsabilité.

[86] Ainsi, lorsqu'un accord conclu en application du paragraphe 137(1) traite d'une seule question bien circonscrite, il a préséance sur les dispositions du Règlement sur la responsabilité qui traitent de cette question précise. Cependant, il n'écarte pas le Règlement sur la responsabilité dans son intégralité. Ni le législateur ni les parties n'ont eu l'intention de créer un vide juridique.

[87] En l'espèce, l'accord de 2011 traite d'une seule question : la limitation de la responsabilité. Il supprime l'article 4 du Règlement sur la responsabilité, dans la mesure où celui-ci prévoit une responsabilité illimitée. Il ne dit rien sur d'autres sujets abordés par le Règlement sur la responsabilité, notamment la responsabilité de transporteurs successifs. Rien dans l'accord de 2011 n'indique qu'ABB et CN avaient l'intention de traiter d'autre chose que de la limitation de responsabilité ou d'exclure le Règlement sur la responsabilité dans son intégralité. Par conséquent, le paragraphe 8(1) du Règlement sur la responsabilité rend CN responsable des dommages subis par les marchandises pendant qu'elles sont en la possession de CSXT, pourvu que, comme l'exige l'accord de 2011, la [TRADUCTION] « négligence [soit] prouvée ».

[88] À cet égard, CN affirme aussi que le renvoi à la « négligence » dans l'accord de 2011 doit être interprété comme faisant uniquement référence à la négligence de CN, et non à celle de CSXT. Cependant, cela reviendrait

to the contract. In the relevant clause, quoted above, the parties referred to “CN’s liability”—they specified whose liability is being described—but failed to add such a restriction when dealing with “negligence.” Moreover, one must assume that the parties to a contract know about the statutory framework governing their relationship, including the default terms set by legislation. In this case, CN and ABB must have known that, under the Liability Regulations, CN would be liable for damage to the goods while in possession of a subsequent carrier. If CN wanted to exclude entirely this kind of liability, it had to use more precise language.

[89] Even if the 2011 agreement ousted the Liability Regulations in their entirety, that would not assist CN. If federal legislation makes no provision regarding a certain subject, that does not mean that no law applies. One must then revert to provincial private law. In this case, article 2049 of the Civil Code would allow ABB to sue CN for damage to the goods while carried by CSXT. (I note that a similar result would obtain at common law: *Grand Trunk Railway Co. of Canada v. McMillan* (1889), 16 S.C.R. 543; McNeil, *Motor Carrier Cargo Claims*, at pages 220–221.)

[90] CN seeks to avoid this result by asserting that it merely contracted for the carriage of the transformer until its delivery to CSXT in Buffalo and that it has no obligations regarding what happened beyond that point. That assertion, however, is inconsistent with the manner in which both the Liability Regulations and the Civil Code regulate successive carriers and make the originating carrier liable for the whole route. While ABB could conceivably have concluded separate contracts with CN and CSXT, there is no indication that CN and ABB intended to do so and no evidence of direct dealings between ABB and CSXT. To the contrary, the evidence given by CN and CSXT witnesses reveals that when railway companies wish to establish separate contractual relationships with a shipper, at least with respect to invoicing, they call this a “rule 11 shipment”, in reference to a United States

à ajouter des mots au contrat. Dans la clause pertinente, que j’ai reproduite plus haut, les parties ont renvoyé à la « responsabilité de CN » — elles ont précisé à qui incombe la responsabilité en question —, mais elles ont omis d’ajouter une telle restriction lorsqu’elles ont traité de la « négligence ». De plus, on doit supposer que les parties à un contrat connaissent le cadre législatif qui régit leur relation, notamment les conditions supplétives établies par la loi. En l’espèce, CN et ABB devaient savoir qu’aux termes du Règlement sur la responsabilité, CN serait responsable des dommages subis par les marchandises pendant qu’elles sont en la possession d’un transporteur subséquent. Si CN voulait exclure ce type de responsabilité dans son intégralité, elle devait utiliser un libellé plus précis.

[89] Même si l’accord de 2011 écartait le Règlement sur la responsabilité dans son intégralité, cela n’aiderait pas CN. Si la législation fédérale ne prévoit rien concernant un certain sujet, cela ne signifie pas qu’aucune règle de droit ne s’applique. Il faut alors se replier sur le droit privé provincial. En l’espèce, l’article 2049 du Code civil permettrait à ABB d’intenter une action à l’encontre de CN pour les dommages subis par les marchandises pendant qu’elles étaient transportées par CSXT. (Je souligne qu’appliquer la common law mènerait à un résultat similaire : *Grand Trunk Railway Co. of Canada v. McMillan* (1889), 16 R.C.S. 543; McNeil, *Motor Carrier Cargo Claims*, aux pages 220 et 221.)

[90] CN tente d’éviter ce résultat en affirmant qu’elle s’est simplement engagée à transporter le transformateur jusqu’à la livraison de celui-ci à CSXT, à Buffalo, et qu’elle n’a aucune obligation quant aux événements qui se sont produits par la suite. Cependant, cette affirmation va à l’encontre de la façon dont le Règlement sur la responsabilité et le Code civil réglementent les transporteurs successifs et rendent le transporteur initial responsable pour l’ensemble du trajet. Même si l’on peut concevoir qu’ABB ait pu conclure des contrats distincts avec CN et CSXT, rien n’indique que CN et ABB ont eu l’intention de le faire, et il n’y a aucune preuve d’interactions directes entre ABB et CSXT. Au contraire, la preuve fournie par les témoins de CN et CSXT révèle que, lorsque des compagnies de chemin de fer souhaitent établir des relations contractuelles distinctes avec un expéditeur, du moins en

regulation dealing with this matter. The shipment at issue, however, was not a “rule 11 shipment.” In its service proposal, CN checked the box “through rate,” and not the box “rule 11”, under the heading “rate type.” All the other documents put in evidence show that the origin of the movement was Varennes, Quebec, and its destination, Drakesboro, Kentucky. There is simply no factual support for CN’s thesis.

[91] In a variation on this argument, CN also sought to limit its role to that described in the following statement found in the tariff it issued in October 2015:

CN’s rail network may not extend the entire length of any given shipment and therefore its transportation may require the participation of other independently operated railway carriers at any point from origin to destination. In such cases CN, acting as agent for the other participating carriers, may undertake to invoice a single freight rate (including the applicable fuel surcharge) for the entire movement. Nevertheless, when traffic moves with such other participating carriers, all shipments shall be under the exclusive control, and subject to the applicable tariffs, of these participating carriers while traffic is in their care.

[92] However, where such a statement is found in a tariff that governs successive carriage, it amounts to an attempt to exclude the originating carrier’s liability provided for by section 8 of the Liability Regulations. This cannot be done by way of a tariff, because this would be contrary to section 137 of the Act, as interpreted in *Canexus*.

[93] Lastly, CN asserted that it should not be held liable for CSXT’s negligence because ABB “directed” it to employ CSXT for the American part of the journey. CN has not explained why such a direction would have the effect of excluding the provisions of the Liability Regulations governing successive carriers. In any event,

ce qui concerne la facturation, elles parlent de [TRADUCTION] « transport selon l’article 11 », en allusion à un règlement américain qui traite de ce sujet. Cependant, la livraison en cause n’était pas un [TRADUCTION] « transport selon l’article 11 ». Dans son offre de service, CN a coché la case [TRADUCTION] « tarif direct », et non la case [TRADUCTION] « article 11 », dans la rubrique [TRADUCTION] « type de tarif ». Tous les autres documents déposés en preuve révèlent que le transport a été effectué depuis Varennes (Québec) jusqu’à Drakesboro (Kentucky). La thèse de CN est tout simplement dépourvue de fondement factuel.

[91] Dans une variante de cet argument, CN a aussi tenté de limiter son rôle à celui décrit dans la mention suivante qui figure dans le tarif qu’elle a émis en octobre 2015 :

[TRADUCTION] Le réseau ferroviaire de CN ne peut pas s’étendre sur toute la distance d’une expédition donnée et, par conséquent, son transport pourrait nécessiter la participation d’autres transporteurs ferroviaires exploités de façon indépendante à n’importe quel endroit entre le point d’origine et le point de destination. Dans de tels cas, CN, qui agit à titre de représentante pour les autres transporteurs participants, peut accepter de facturer un tarif unique (supplément carburant applicable inclus) pour la totalité du transport. Néanmoins, lorsque des marchandises sont transportées par ces autres transporteurs participants, toutes les expéditions seront sous le contrôle exclusif, et seront assujetties aux tarifs applicables, de ces transporteurs participants, pendant que les marchandises leur sont confiées.

[92] Cependant, lorsqu’une telle mention figure dans un tarif qui régit un transport successif, elle équivaut à une tentative d’exclure la responsabilité du transporteur initial prévue à l’article 8 du Règlement sur la responsabilité. On ne peut accomplir une telle chose au moyen d’un tarif, car cela serait contraire à l’article 137 de la Loi, tel qu’interprété dans l’arrêt *Canexus*.

[93] Enfin, CN a fait valoir qu’elle ne devrait pas être tenue responsable de la négligence de CSXT, car ABB lui a donné une « directive » d’employer les services de CSXT pour la portion du trajet effectué aux États-Unis. CN n’a pas expliqué pourquoi une telle directive aurait pour effet d’exclure les dispositions du Règlement sur

CN has not established the factual foundation of its argument. CN suggests that a form filled out by ABB in July 2014 constituted a “direction” to employ CSXT because it mentioned “CN-CSXT” under the heading “rail carrier.” There is, however, insufficient evidence regarding the meaning of that field in the form and whether it constituted a “direction.” Moreover, the form seems to be a request for clearance of a dimensional load, not a request for a price. In any event, the evidence does not show whether other railway carriers were available to serve Drakesboro, Kentucky.

(4) Was CSXT Negligent?

[94] That brings us to the issue of whether CSXT was negligent, which of course underpins ABB’s claim against CN and would negate the limitation of liability provided for in the 2011 agreement. CN does not take a clear position on the issue; it rather puts the emphasis on its submission that it cannot be made liable for any negligence on the part of CSXT. While it does not deny the facts, CSXT argues, in its written submissions, that ABB has not established a standard of care that CSXT would have failed to achieve. CSXT did not dare to repeat this argument in its oral submissions.

[95] The relevant facts are not in dispute. In response to ABB’s request to admit, CSXT provided the following explanation:

At or around the time the load was advanced, the measurement provided to CSXT was 19’4”. It was analyzed and cleared. At no point in any of the analysis did the bridge structure in question identify as a ‘foul’ by CSXT. In other words, there was no alert by the algorithm in CSXT’s clearance system of a clearance issue.

CSXT’s investigation has revealed that, in 2008, there was a measurement of the bridge structure’s maximum height. That data appears to have been ‘archived’ in CSXT’s system such that, at some point, it was determined to no

la responsabilité qui régissent les transporteurs successeurs. Quoi qu’il en soit, CN n’a pas établi le fondement factuel de son argument. CN indique qu’un formulaire rempli par ABB en juillet 2014 constituait une « directive » d’employer les services de CSXT, car il mentionne « CN-CSXT » sous la rubrique [TRADUCTION] « transporteur ferroviaire ». Cependant, la preuve est insuffisante quant au sens de ce champ dans le formulaire et quant à la question de savoir si ce formulaire constituait une « directive ». En outre, le formulaire semble être une demande de vérification du dégagement pour un chargement exceptionnel, et non une demande de prix. Quoi qu’il en soit, la preuve ne révèle pas si d’autres transporteurs ferroviaires étaient disponibles pour desservir Drakesboro (Kentucky).

4) CSXT a-t-elle fait preuve de négligence?

[94] Cela nous amène à la question de savoir si CSXT a fait preuve de négligence. Évidemment, cela sous-tend l’action intentée par ABB contre CN et rendrait inapplicable la limitation de responsabilité prévue dans l’accord de 2011. CN ne prend pas clairement position concernant cette question. Elle met plutôt l’accent sur son argument selon lequel elle ne peut pas être tenue responsable d’une quelconque négligence de la part de CSXT. Bien qu’elle ne nie pas les faits, CSXT affirme, dans ses observations écrites, qu’ABB n’a pas établi une norme de diligence que CSXT aurait omis de respecter. CSXT n’a pas osé répéter cet argument dans sa plaidoirie.

[95] Les faits pertinents ne sont pas contestés. En réponse à la demande d’aveux d’ABB, CSXT a fourni l’explication suivante :

[TRADUCTION] À peu près au moment où le chargement a été proposé, les mesures fournies à CSXT étaient de 5,89 m. Elles ont été analysées et approuvées. À aucun moment durant l’analyse CSXT n’a établi que la structure du pont en question était problématique. En d’autres termes, l’algorithme du système d’analyse du dégagement de CSXT n’a pas attiré l’attention sur l’existence d’un problème de dégagement.

L’enquête menée par CSXT a révélé que la hauteur maximale de la structure du pont avait été mesurée en 2008. Ces données semblent avoir été « archivées » dans le système de CSXT, de sorte qu’à un moment donné, on a

longer be accurate. The reason is unknown. Accordingly, because the record was archived, it appears that it was skipped by the algorithm during CSXT's clearance analysis. CSXT ran multiple analysis of test runs at a height of 20'2" (being the maximum height run on the network) and the bridge did not report a 'foul'.

However, upon determining that the record had been archived, CSXT turned the record back on. Re-analysis revealed a 'foul' at that location. The 2008 data record indicates a measurement from the bottom of the bridge structure at that location (MP 00D19.745 bridge belonging to PAL R/R) of 18'9". CSX has re-measured the track and structures. The bridge structure at that location (MP 00D179.787 PAL R/R) was measured to be 19'00" ATR.

[96] "Negligence", in the 2011 agreement, is used in the contractual context. To repeat, negligence is defined as a "failure to act with the care required of a reasonable person in order to avoid the occurrence of a foreseeable damage in given circumstances."

[97] The damage that will occur if an oversize load is not properly cleared is easily foreseeable. In those circumstances, a railway company does not act reasonably where it fails to ensure that the clearance under a bridge along the proposed route is greater than the height of the oversize load.

[98] If the operation had been performed manually and the employee tasked with clearing the load had omitted to check one bridge, CSXT could not seriously deny that it had been negligent, whatever the reason for its employee's omission. CSXT cannot escape liability by blaming the accident on its computer. The technical concept of "archiving" cannot hide the reality: CSXT used software that, under certain circumstances, omitted to clear a bridge.

[99] CSXT cannot complain that ABB did not identify a standard of care as a prerequisite to its allegation

conclu qu'elles n'étaient plus exactes. On ignore quelle en était la raison. Par conséquent, l'enregistrement ayant été archivé, il semble que l'algorithme a omis d'en tenir compte pendant l'analyse du dégagement faite par CSXT. CSXT a effectué plusieurs séries d'analyses d'essai à une hauteur de 6,15 m (qui correspond à la hauteur maximale transportée sur le réseau) et le pont n'a pas été signalé comme étant problématique.

Cependant, après avoir déterminé que l'enregistrement avait été archivé, CSXT a réactivé l'enregistrement. Une nouvelle analyse a révélé un élément problématique à cet endroit. L'enregistrement des données de 2008 indique des mesures sur la partie inférieure de la structure du pont à cet endroit (pont MP 00D19.745 appartenant à PAL R/R) correspondant à 5,72 m. CSXT a de nouveau mesuré la voie et les structures. La mesure de la structure du pont à cet endroit (MP 00D179.787 PAL R/R) a été établie à 5,79 m (hauteur mesurée au-dessus de la surface des rails).

[96] Le terme « négligence », dans l'accord de 2011, est utilisé dans le contexte contractuel. Au risque de me répéter, la négligence est définie comme le fait de « ne pas agir, dans une situation donnée, avec la diligence d'une personne raisonnable afin d'éviter la réalisation d'un préjudice prévisible ».

[97] Le préjudice qui surviendra si le dégagement d'un chargement de grandes dimensions n'est pas correctement vérifié est facilement prévisible. Dans cette situation, une compagnie de chemin de fer n'agit pas de manière raisonnable si elle omet de s'assurer que le dégagement sous un pont, sur l'itinéraire proposé, est supérieur à la hauteur du chargement de grandes dimensions.

[98] Si l'opération avait été effectuée manuellement et que l'employé chargé de vérifier le chargement avait omis de tenir compte d'un pont, CSXT ne pourrait pas sérieusement nier avoir fait preuve de négligence, quelle que soit la raison de l'omission de son employé. CSXT ne peut pas échapper à sa responsabilité en accusant son ordinateur d'avoir provoqué l'accident. La notion technique d'« archivage » ne peut pas masquer la réalité : CSXT a utilisé un logiciel qui, dans certaines situations, omet de vérifier le dégagement sous un pont.

[99] CSXT ne peut pas reprocher à ABB de ne pas avoir établi une norme de diligence comme condition

of negligence. That would amount to the importation of common law tort doctrine in a contractual dispute. In any event, one cannot imagine a standard of care that would tolerate what happened in this case.

[100] As a result, CSXT was negligent, which triggers the exception to the limitation of liability provided for in the 2011 agreement. Thus, under the provisions of the Liability Regulations governing successive carriers, CN is liable for the damage caused by CSXT's negligence.

### C. *The Claim Against CSXT*

[101] ABB advanced several potential bases for its direct claim against CSXT. I need only consider one of them, namely that CSXT is bound by the contract between ABB and CN, through a mechanism of contractual extension set forth in Quebec's Civil Code. I must also address CSXT's argument that it limited its liability towards ABB by way of an agreement concluded in 2015 to settle another unrelated lawsuit.

[102] Before doing so, however, I must first establish why Quebec law applies to the relationship between ABB and CSXT.

#### (1) Which Law Governs?

[103] Choice of law issues in a situation of successive carriage raise complex conceptual challenges. The parties have not addressed those issues in their submissions. Thus, it would be imprudent for me to attempt to formulate general propositions. It is even difficult to reach a solution based on the basic principles of private international law. Nonetheless, the way in which the parties advanced their cases offers a shortcut to a practical solution.

[104] The private law applicable to the ABB-CSXT relationship can only be that of a state of the United States, that of Quebec or that of another Canadian province. CSXT, however, did not contend that the law of any American

préalable à son allégation de négligence. Cela reviendrait à importer la common law relative aux délits civils dans un litige de nature contractuelle. Quoi qu'il en soit, on ne peut pas imaginer une norme de diligence qui tolérerait ce qui s'est produit en l'espèce.

[100] Par conséquent, CSXT a fait preuve de négligence, ce qui rend applicable l'exception à la limitation de responsabilité prévue dans l'accord de 2011. Ainsi, selon les dispositions du Règlement sur la responsabilité qui régissent les transporteurs successifs, CN est responsable des dommages causés par la négligence de CSXT.

### C. *L'action intentée contre CSXT*

[101] ABB a fait valoir plusieurs fondements possibles pour son action intentée directement contre CSXT. Je me bornerai à examiner l'un d'eux, à savoir le fait que CSXT est liée par le contrat conclu entre ABB et CN, par le biais d'un mécanisme d'extension contractuelle prévu par le *Code civil du Québec*. Je dois aussi aborder l'argument de CSXT, selon lequel elle a limité sa responsabilité à l'égard d'ABB au moyen d'un accord conclu en 2015 afin de régler une poursuite distincte.

[102] Avant d'aborder ces questions, cependant, je dois tout d'abord établir pourquoi le droit québécois régit les relations entre ABB et CSXT.

#### 1) Quel droit s'applique?

[103] Déterminer le droit applicable à une situation de transport successif soulève des défis conceptuels complexes. Dans leurs observations, les parties ne se sont pas attaquées à ces questions. Il serait donc imprudent de tenter de formuler des règles générales. Il est même difficile de trancher la question en se fondant sur les principes de base du droit international privé. Néanmoins, la manière dont les parties ont présenté leur cause permet d'emprunter un raccourci qui mène à une solution pratique.

[104] Le droit privé applicable aux relations entre ABB et CSXT ne peut être que celui d'un État des États-Unis, celui du Québec ou celui d'une autre province canadienne. Cependant, CSXT ne prétend pas que le droit d'un

state applies and did not bring evidence of the contents of such law. Where foreign law is not alleged nor proven, Canadian courts apply the law of their own jurisdiction: article 2809 of the Civil Code (with respect to Quebec); *Best v. Best*, 2016 NLCA 68, 84 R.F.L. (7th) 22, at paragraph 10; *Quickie Convenience Stores Corp. v. Parkland Fuel Corporation*, 2020 ONCA 453, 151 O.R. (3d) 778, at paragraph 29 (with respect to other provinces).

[105] This leaves us with a choice between Quebec and another Canadian province. As I mentioned above, the situation does not have a significant connection with any Canadian province other than Quebec. I will thus apply Quebec law.

[106] This also answers CSXT's argument that it cannot be subject to Quebec law because it is an American corporation and did not carry the transformer in Quebec. To the extent that these submissions imply that Quebec law can only apply as between Quebec residents or to situations taking place entirely in Quebec, I must disagree. The rules of private international law may result in the application of Quebec law to a situation connected with more than one jurisdiction. Far from asserting that the situation is governed by American law, CSXT acknowledges that it is subject to Canadian law with respect to this case. It must accept Canadian law in all its complexity, including the fact that federal legislation may need to be supplemented by the private law of the relevant province, as contemplated by section 8.1 of the *Interpretation Act*.

## (2) Contractual Basis of the Claim

[107] CSXT maintains steadfastly that it has no contractual relationship with ABB with respect to the carriage of the transformer. To repel ABB's contractual claim, it invokes the lack of privity of contract or article 1440 of the Civil Code, which states that contracts are only binding on the parties. It also points out that section 8 of the Liability Regulations provides for the liability of the originating carrier; this would mean that only the originating carrier may be sued. I do not agree. I am rather of the view that, given the silence of the Liability

quelconque État américain s'applique et n'a pas fait la preuve de la teneur d'un tel droit. Lorsque le droit étranger n'a pas été allégué ni prouvé, les tribunaux canadiens appliquent le droit de leur propre ressort : article 2809 du Code civil (quant au Québec); *Best v. Best*, 2016 NLCA 68, 84 R.F.L. (7th) 22, au paragraphe 10; *Quickie Convenience Stores Corp. v. Parkland Fuel Corporation*, 2020 ONCA 453, 151 O.R. (3d) 778, au paragraphe 29 (quant aux autres provinces).

[105] Il nous faut donc choisir entre le Québec et une autre province canadienne. Comme je l'ai souligné plus haut, la présente situation n'a aucun lien significatif avec une province canadienne autre que le Québec. J'appliquerai donc le droit québécois.

[106] Cela répond aussi à l'argument selon lequel CSXT ne peut être assujettie au droit québécois parce qu'elle est une société américaine et qu'elle n'a pas transporté le transformateur au Québec. Dans la mesure où ces arguments impliquent que le droit québécois ne peut s'appliquer qu'entre résidents du Québec ou à des situations ayant entièrement lieu au Québec, je dois exprimer mon désaccord. Les règles du droit international privé rendre le droit québécois applicable à une situation qui possède des liens avec plus d'un ressort. CSXT ne soutient pas que la situation est régie par le droit américain; bien au contraire, elle reconnaît être assujettie au droit canadien en ce qui a trait au présent litige. Elle doit accepter le droit canadien dans toute sa complexité, y compris le fait qu'il peut être nécessaire de compléter les lois fédérales par un renvoi au droit privé de la province en cause, comme l'envisage l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*.

## 2) Fondement contractuel de l'action

[107] CSXT maintient fermement qu'elle n'a aucune relation contractuelle avec ABB relativement au transport du transformateur. Pour faire obstacle au recours contractuel d'ABB, elle invoque l'absence de lien contractuel ou l'article 1440 du Code civil, qui indique que les contrats ne lient que les parties. Elle souligne aussi que l'article 8 du Règlement sur la responsabilité prescrit la responsabilité du transporteur initial. Cela voudrait dire que seul le transporteur initial pourrait être poursuivi. Je ne suis pas d'accord. Je suis plutôt d'avis

Regulations, the matter falls to be decided according to provincial private law and that, in this regard, the Civil Code provides that CSXT becomes a party to the contract between ABB and CN, which makes it contractually liable for its fault (or negligence).

[108] The Act and Regulations do not state explicitly that the shipper has a direct claim against a connecting carrier. Nor do they state the contrary. They are simply silent on the issue. In fact, subsection 8(4) of the Regulations preserves the rights that a shipper may have against a carrier. Because the shipper's right of action against the originating carrier is explicitly dealt with in subsection 8(1), subsection 8(4) must contemplate recourses against connecting carriers, with whom the shipper had no direct dealings. Thus, far from excluding recourses against connecting carriers, subsection 8(4) invites the application of provincial private law to the issue.

[109] The shipper's direct recourse against a connecting carrier highlights the difficulty of applying the concepts of contract law to those situations: the stakeholders typically have no direct dealings, which normally precludes the formation of a contract. Over time, the common law has found various ways of addressing this problem: McNeil, *Motor Carrier Cargo Claims*, at pages 220–235. I need not consider the array of potential solutions, as Quebec's National Assembly explicitly resorted to a contractual extension mechanism. As McNeil notes, various forms of contractual extension are also found in the common law as well as in section 2 of the *Bills of Lading Act*, R.S.C., 1985, c. B-5, which the parties have not pleaded in this case.

[110] The relevant provisions of the Civil Code deem the connecting or “substitute” carrier a party to the contract between the shipper and the originating carrier. First, article 2031 defines successive and combined carriage as follows:

que le silence du Règlement sur la responsabilité invite à trancher la question en se fondant sur le droit privé provincial et qu'à ce propos, le Code civil prévoit que CSXT devient partie au contrat entre ABB et CN, ce qui la rend contractuellement responsable de sa faute (ou de sa négligence).

[108] La Loi et le Règlement n'indiquent pas expressément que l'expéditeur peut tenter directement une action contre un transporteur correspondant. Ils n'indiquent pas non plus le contraire. Ils demeurent silencieux à ce sujet. En fait, le paragraphe 8(4) du Règlement protège les droits qu'un expéditeur pourrait avoir contre un transporteur. Puisque le droit d'action de l'expéditeur contre le transporteur initial est traité explicitement au paragraphe 8(1), le paragraphe 8(4) doit nécessairement envisager des recours contre les transporteurs correspondants avec lesquels l'expéditeur n'avait pas d'interactions directes. Ainsi, loin d'exclure des recours contre les transporteurs correspondants, le paragraphe 8(4) incite à appliquer le droit privé provincial à cette question.

[109] Le recours direct de l'expéditeur contre un transporteur correspondant souligne la difficulté liée à l'application des concepts du droit des contrats à des situations de cette nature : les parties intéressées n'ont habituellement pas d'interactions directes entre elles, ce qui empêche normalement la formation d'un contrat. Au fil du temps, la common law a trouvé divers moyens pour résoudre ce problème : McNeil, *Motor Carrier Cargo Claims*, aux pages 220 à 235. Il ne m'est pas nécessaire d'envisager l'éventail des solutions possibles, puisque l'Assemblée nationale du Québec a explicitement choisi d'avoir recours à un mécanisme d'extension contractuelle. Comme McNeil le souligne, diverses formes d'extension contractuelle sont aussi employées en common law ainsi qu'à l'article 2 de la *Loi sur les connaissements*, L.R.C. (1985), ch. B-5, dont les parties n'ont pas plaidé l'application en l'espèce.

[110] Les dispositions pertinentes du Code civil font en sorte que le transporteur correspondant ou « substitué » soit réputé être partie au contrat conclu entre l'expéditeur et le transporteur initial. Premièrement, l'article 2031 définit le transport successif et combiné comme suit :



**2031.** Successive carriage is effected by several carriers in succession, using the same mode of transportation; combined carriage is effected by several carriers in succession, using different modes of transportation.

[111] Then, article 2035 extends the contract made with the originating carrier to the connecting carrier:

**2035.** Where the carrier entrusts another carrier with the performance of all or part of his obligation, the substitute carrier is deemed to be a party to the contract.

The shipper is discharged by payment to one of the carriers.

[112] Lastly, article 2051 deals with the liability of the connecting carrier:

**2051.** In the case of successive or combined carriage of property, an action in liability may be brought against the carrier with whom the contract was made or the last carrier.

[113] Thus, by accepting to carry the transformer, CSXT became a party to the contract CN had concluded with ABB. Because there is only one contract, the terms governing the relationship between CSXT and ABB must be the same as those binding CN and ABB. Therefore, the limitation of liability between CN and ABB also applies in favour of CSXT, but subject to the same exceptions.

[114] The contractual extension mechanism provided for by article 2035 also disposes of CSXT's argument to the effect that there is no privity of contract between ABB and CSXT or that article 1440 of the Civil Code prevents the ABB-CN contract from binding CSXT, a third party. Article 1440 states that contracts cannot bind third parties, "except where provided by law." Article 2035 is such an exception. It deems CSXT a party to the ABB-CN contract, even though it did not deal directly with ABB. Likewise, article 1475, which renders ineffective notices regarding exclusion of liability unless they are brought to the attention of the other party, is not applicable in a situation covered by article 2035: *St-Paul Fire & Marine Insurance Company et Purolator Courier Ltd.*, 2008

**2031.** Le transport successif est celui qui est effectué par plusieurs transporteurs qui se succèdent en utilisant le même mode de transport; le transport combiné est celui où les transporteurs se succèdent en utilisant des modes différents de transport.

[111] Ensuite, l'article 2035 élargit le contrat conclu avec le transporteur initial au transporteur correspondant :

**2035.** Lorsque le transporteur se substitue un autre transporteur pour exécuter, en tout ou en partie, son obligation, la personne qu'il se substitue est réputée être partie au contrat de transport.

Le paiement effectué par l'expéditeur à l'un des transporteurs est libératoire.

[112] Enfin, l'article 2051 porte sur la responsabilité du transporteur correspondant :

**2051.** En cas de transport successif ou combiné de biens, l'action en responsabilité peut être exercée contre le transporteur avec qui le contrat a été conclu ou le dernier transporteur.

[113] Ainsi, en acceptant de transporter le transformateur, CSXT est devenue partie au contrat que CN avait conclu avec ABB. Comme il n'y a qu'un seul contrat, les modalités qui régissent la relation entre CSXT et ABB doivent être les mêmes que celles qui lient CN et ABB. Par conséquent, la limitation de responsabilité entre CN et ABB s'applique aussi en faveur de CSXT, mais sous réserve des mêmes exceptions.

[114] Le mécanisme d'extension contractuelle prévu à l'article 2035 permet aussi de trancher l'argument de CSXT selon lequel il n'y a pas de lien contractuel entre ABB et CSXT ou selon lequel l'article 1440 du Code civil empêche le contrat conclu entre ABB et CN de lier un tiers, à savoir CSXT. L'article 1440 indique que des contrats ne peuvent pas lier des tiers, « excepté dans les cas prévus par la loi ». L'article 2035 est l'une de ces exceptions. Selon cet article, CSXT est réputée être partie au contrat conclu entre ABB et CN, même si elle n'a pas interagi directement avec ABB. De même, l'article 1475, qui prive d'effet les avis relatifs à une exclusion de responsabilité, sauf s'ils sont portés à l'attention de l'autre partie, ne s'applique pas dans une situation visée

QCCS 5428, at paragraphs 23–28, upheld on appeal, 2010 QCCA 2109.

[115] CSXT described this result as “untenable” or “chilling”, in particular given its lack of knowledge of the ABB-CN agreements and the limitation of liability they contain. However, if CSXT accepted to carry the transformer without inquiring as to the applicable rules regarding the liability of connecting carriers, the terms of the ABB-CN contract or the law governing the latter, it only has itself to blame. In Quebec law, a party who fails to read the terms of a contract is nevertheless bound by it. The situation in this case is no more chilling than that in *Dell*, where the Supreme Court of Canada held a consumer to be bound by an arbitration agreement found on a website that the consumer failed to read. If, on the other hand, CN made inaccurate representations to CSXT in this regard, this is a matter between CN and CSXT, which is not the subject of this action.

[116] In summary, CSXT is bound by the ABB-CN contract, including its limitation of liability that excludes cases of negligence. As I have shown that CSXT was negligent, it is liable to ABB to compensate the damage resulting from the accident.

### 3) The 2015 Settlement Agreement

[117] CSXT, however, has a second line of defence. It argues that even if ABB has a direct claim against it, both companies entered into an agreement that limits CSXT’s liability. This agreement was concluded in the following context.

[118] Over the years, ABB contracted directly with CSXT for the carriage of transformers in the United States. ABB sued CSXT as a result of an incident that took place in 2006. In March 2015, they decided to settle the dispute.

à l’article 2035 : *St-Paul Fire & Marine Insurance Company et Purolator Courier Ltd.*, 2008 QCCS 5428, aux paragraphes 23 à 28, confirmé en appel, 2010 QCCA 2109.

[115] CSXT a qualifié ce résultat [TRADUCTION] d’« insoutenable » ou de [TRADUCTION] « troublant », en particulier compte tenu du fait qu’elle n’avait pas connaissance des accords conclus entre ABB et CN et de la limitation de responsabilité qu’ils renfermaient. Cependant, si CSXT a accepté de transporter le transformateur sans s’informer des règles applicables concernant la responsabilité des transporteurs correspondants, des conditions du contrat conclu entre ABB et CN ou du droit régissant le contrat, elle ne peut s’en prendre qu’à elle-même. En droit québécois, une partie qui omet de lire les clauses d’un contrat est néanmoins liée par celui-ci. La situation en l’espèce n’est pas plus troublante que celle de l’arrêt *Dell*, où la Cour suprême du Canada a conclu qu’un consommateur était lié par une convention d’arbitrage affichée sur un site Web et que le consommateur avait omis de lire. D’un autre côté, si CN a fait des déclarations inexactes à CSXT à ce sujet, il s’agit alors d’une question qui n’intéresse que CN et CSXT et qui ne fait pas l’objet de la présente action.

[116] En résumé, CSXT est liée au contrat conclu entre ABB et CN, y compris en ce qui concerne sa limitation de responsabilité qui exclut les cas de négligence. Comme j’ai démontré que CSXT a fait preuve de négligence, elle doit indemniser ABB pour le préjudice causé par l’accident.

### 3) L’accord de règlement de 2015

[117] CSXT a toutefois une deuxième ligne de défense. Elle affirme que, même si ABB a un recours direct contre elle, les deux sociétés ont conclu un accord qui limite la responsabilité de CSXT. Cet accord a été conclu dans le contexte suivant.

[118] Au fil des ans, ABB a directement contracté avec CSXT pour le transport de transformateurs aux États-Unis. ABB a poursuivi CSXT à la suite d’un accident qui est survenu en 2006. En mars 2015, elles ont décidé de régler

Their settlement agreement provides, among other things, that

CSXT agrees to pay to ABB up to \$100,000 in credit upon future shipments as follows: In the event ABB chooses to ship Power Generation Machinery as described in the then current CSXT Public Price List 4606 (or any successor numbered price list (the “CSXT 4606 Price List”) or any other Price List mutually agreeable to the parties through rail service provided by CSXT, such rail service will be provided by CSXT on the terms contained in the CSXT 4606 Price List (or other agreed upon list), including the limitations of liability set forth therein (if any), at a rate equal to the then current CSXT Price List 4606 less fifteen percent (15%); provided, however, that the discounted amount is capped at a total of up to \$100,000, and provided further that the discount and any unused credit will cease to be available with respect to any shipments for which a waybill has not be issued on or before December 31, 2016. [Missing parenthesis in original.]

[119] CSXT insists on the part of that provision that says that “in the event ABB chooses to ship ... Machinery ... such rail service will be provided by CSXT ... on the terms ... including the limitations of liability” set forth in its applicable tariff, which, according to the evidence, is \$25 000. It follows, according to CSXT, that whenever ABB ships machinery through CSXT, it has thereby agreed to a limitation of liability.

[120] That, however, is a selective reading of the provision. The purpose of the provision is to grant ABB a credit by way of discounts on future shipments. The use of that credit is subject to certain conditions, including a limitation of liability. Thus, in order to invoke this limitation of liability, CSXT needs to prove that the shipment of the transformer at issue in this case came under the 2015 settlement agreement. In other words, CSXT had to show that it gave a discount to ABB pursuant to the 2015 settlement agreement with respect to the move at issue here.

le litige. Leur accord de règlement dispose, entre autres choses, que :

[TRADUCTION] CSXT accepte d’offrir à ABB un crédit jusqu’à concurrence de 100 000 \$ relativement à de futures expéditions, de la manière suivante : dans le cas où ABB choisit d’expédier de l’équipement de production d’électricité décrit dans le tarif public 4606 de CSXT alors en vigueur (ou tout autre tarif numéroté qui le remplace (le « tarif 4606 de CSXT ») ou dans tout autre tarif mutuellement convenu par les parties, au moyen d’un service ferroviaire assuré par CSXT, un tel service ferroviaire sera assuré par CSXT selon les conditions contenues dans le tarif 4606 de CSXT (ou un autre tarif convenu), notamment en ce qui concerne les limitations de responsabilité énoncées dans le tarif (s’il y a lieu), à un tarif égal au tarif 4606 en vigueur de CSXT, moins quinze pour cent (15 %), à la condition, néanmoins, que la réduction de prix soit limitée à un montant total de 100 000 \$ et que le rabais et tout crédit non utilisé cessent d’être offerts dans le cas des expéditions pour lesquelles une feuille de route n’a pas été délivrée au plus tard le 31 décembre 2016. [Parenthèse manquante dans l’original.]

[119] CSXT insiste sur la partie de cette disposition qui indique ce qui suit : [TRADUCTION] « dans le cas où ABB choisit d’expédier de l’équipement [...], un tel service ferroviaire sera assuré par CSXT selon les conditions [...] notamment en ce qui concerne les limitations de responsabilité » énoncées dans son tarif applicable. Selon la preuve, la limite figurant à ce tarif est de 25 000 \$. Il s’ensuit, selon CSXT, que chaque fois qu’ABB expédie de l’équipement par l’intermédiaire de CSXT, elle a ainsi convenu d’une limitation de responsabilité.

[120] Il s’agit toutefois d’une interprétation sélective de la disposition. La disposition a pour objet d’accorder à ABB un crédit au moyen de rabais offerts sur de futures expéditions. L’utilisation de ce crédit est assujettie à certaines conditions, notamment une limitation de responsabilité. Ainsi, pour invoquer cette limitation de responsabilité, CSXT doit prouver que l’expédition du transformateur en cause en l’espèce était assujettie à l’accord de règlement de 2015. En d’autres termes, CSXT devait démontrer qu’elle avait offert à ABB un rabais, conformément à l’accord de règlement de 2015, relativement au transport en cause en l’espèce.

[121] CSXT did not offer evidence to that effect. In its closing argument, it complained that it had been taken by surprise by ABB's late disclosure of its argument that the 2015 settlement agreement was not applicable. Indeed, it is only on the first day of the trial that ABB explained that there was no evidence that the carriage of the transformer in this case had been the subject of a credit pursuant to the settlement agreement. However, I am far from certain that CSXT was taken by surprise. In the discovery process, ABB asserted that this agreement was irrelevant, even though it did not explain why. A cursory reading of the relevant provision reveals that it is not an unconditional limitation of liability as CSXT would have it. In any event, CSXT was not prevented from bringing evidence on this topic. In fact, CSXT had announced a witness for the second day of the trial, but made a decision at the last minute, and after learning of ABB's position, not to call that witness. CSXT had an opportunity to bring evidence, but chose not to.

[122] In any event, the evidence strongly suggests that ABB did not receive a discount on the shipment at issue in this case. CN quoted a price to ABB in July 2014, after obtaining CSXT's price for its part of the route. That was before ABB and CSXT settled their dispute. That price did not change afterwards as a result of the settlement agreement. There is no indication that CN was even aware of that agreement.

[123] Thus, the limitation of liability referred to in the 2015 settlement agreement is not an obstacle to ABB's claim against CSXT.

#### *D. Pre-Judgment and Post-Judgment Interest*

[124] ABB is seeking pre- and post-judgment interest at the rate of 7 percent per year. In doing so, ABB is asking this Court to apply articles 1617 and 1619 of the Civil Code, which govern interest and additional indemnity, because its contract with CN is governed by Quebec law.

[121] CSXT n'a pas présenté de preuve à ce sujet. Dans sa plaidoirie finale, elle s'est plainte du fait qu'elle avait été prise au dépourvu par la divulgation tardive par ABB de son argument selon lequel l'accord de règlement de 2015 ne s'appliquait pas. En effet, ce n'est que le premier jour du procès qu'ABB a expliqué qu'aucune preuve n'établissait que le transport du transformateur en l'espèce avait fait l'objet d'un crédit conformément à l'accord de règlement. Cependant, je doute fortement que CSXT ait été prise au dépourvu. Lors des interrogatoires préalables, ABB a affirmé que cet accord n'est pas pertinent, bien qu'elle n'ait pas expliqué pourquoi. Une lecture superficielle de la disposition pertinente révèle qu'il ne s'agit pas d'une limitation de responsabilité sans condition, comme CSXT le laisse entendre. Quoiqu'il en soit, CSXT n'a pas été empêchée de présenter une preuve à ce sujet. En réalité, CSXT avait annoncé un témoin pour le deuxième jour du procès, mais elle a décidé, à la dernière minute et après avoir pris connaissance de la thèse d'ABB, de ne pas appeler ce témoin à la barre. CSXT a eu la possibilité de présenter une preuve, mais elle a choisi de ne pas le faire.

[122] Quoiqu'il en soit, la preuve laisse fortement à penser qu'ABB n'a pas reçu de rabais pour l'expédition en litige. CN a établi un prix pour ABB en juillet 2014, après avoir obtenu le prix de CSXT pour sa partie de l'itinéraire. Cela s'est produit avant qu'ABB et CSXT règlent leur litige. La conclusion subséquente de l'accord de règlement n'a pas entraîné de changement de ce prix. Rien n'indique que CN était même au courant de cet accord.

[123] Par conséquent, la limitation de responsabilité mentionnée dans l'accord de règlement de 2015 ne fait pas obstacle à l'action intentée par ABB contre CSXT.

#### *D. Les intérêts antérieurs et postérieurs au jugement*

[124] ABB cherche à obtenir des intérêts antérieurs et postérieurs au jugement, au taux de 7 p. 100 par an. Ce faisant, ABB demande à notre Cour d'appliquer les articles 1617 et 1619 du Code civil qui régissent les intérêts et l'indemnité additionnelle, car son contrat conclu avec CN est régi par le droit québécois.

[125] Pre- and post-judgment interest is governed by sections 36 and 37, respectively, of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. The basic scheme of those sections is that where the cause of action arises in a single province, the law of that province regarding pre- and post-judgment interest is made applicable to cases brought before this Court; however, where the cause of action arises in more than one province or outside a province, interest is awarded at a rate that the Court considers reasonable.

[126] A cause of action is “a set of facts that provides the basis for an action in court”: *Markevich v. Canada*, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94, at paragraph 27. Locating the cause of action is a separate issue from determining the law applicable to a contract. Thus, the fact that Quebec law governs the contract between ABB and CN does not mean that ABB’s cause of action arose in Quebec. Rather, the main factual element of ABB’s cause of action is the accident. It happened in Kentucky, that is, outside a Canadian province. Thus, I cannot apply articles 1617 and 1619 of the Civil Code. Instead, I will award interest at a reasonable rate. In a recent case, *Seedling Life Science Ventures, LLC v. Pfizer Canada ULC*, 2020 FC 505, 172 C.P.R. (4th) 375, at paragraphs 35–40, I concluded that under present circumstances, a rate of 2.5 percent per year was reasonable. I am not aware of any subsequent change of circumstances that would affect my conclusion.

[127] The parties have agreed that pre-judgment interest would start running on January 14, 2020, which is the date on which they agreed that damages would be assessed at \$1 500 000.

### III. Disposition and Costs

[128] For the foregoing reasons, both CN and CSXT are liable to ABB for the damage sustained by the transformer. They will both be condemned to pay \$1.5 million to ABB. Under article 1525 of the Civil Code, because CN and CSXT are carrying on an enterprise, their liability is solidary. See, for example, *Moto Mon Voyage inc. c. Transport Gilmyr inc.*, 2018 QCCQ 483,

[125] Les intérêts antérieurs et postérieurs au jugement sont régis par les articles 36 et 37, respectivement, de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7. Le régime de base de ces articles est celui où la cause d’action se produit dans une seule province. Le droit de cette province concernant les intérêts antérieurs et postérieurs au jugement est rendu applicable aux affaires portées devant notre Cour. Cependant, lorsque la cause d’action se produit dans plus d’une province ou à l’extérieur d’une province, les intérêts sont accordés à un taux que la Cour juge raisonnable.

[126] Une cause d’action est « un état de fait qui fonde une action en justice » : *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94, au paragraphe 27. Le lieu de la cause d’action ne correspond pas nécessairement au droit applicable à un contrat. Ainsi, le fait que le droit québécois régit le contrat conclu entre ABB et CN ne signifie pas que la cause d’action d’ABB s’est produite au Québec. L’accident est plutôt le principal élément factuel de la cause d’action d’ABB. Il s’est produit au Kentucky, c’est-à-dire à l’extérieur d’une province canadienne. Par conséquent, je ne peux pas appliquer les articles 1617 et 1619 du Code civil. J’accorderai plutôt des intérêts à un taux raisonnable. Dans une décision récente, *Seedling Life Science Ventures, LLC c. Pfizer Canada SRI*, 2020 CF 505, aux paragraphes 35 à 40, j’ai conclu que dans les circonstances actuelles, un taux de 2,5 p. 100 par an était raisonnable. Je n’ai connaissance d’aucun changement subséquent de circonstances qui aurait une incidence sur ma conclusion.

[127] Les parties se sont entendues que les intérêts avant jugement commenceraient à courir le 14 janvier 2020, date à laquelle elles ont convenu que le montant des dommages serait évalué à 1 500 000 \$.

### III. Dispositif et dépens

[128] Pour les motifs qui précèdent, CN et CSXT sont responsables envers ABB pour les dommages subis par le transformateur. Elles seront toutes deux condamnées à verser 1,5 million de dollars à ABB. Aux termes de l’article 1525 du Code civil, puisque CN et CSXT exploitent une entreprise, leur responsabilité est solidaire. Voir par exemple la décision *Moto Mon Voyage inc. c. Transport*

at paragraph 39; see also Pineau and Lefebvre, *Le contrat de transport*, at page 113.

[129] ABB claims costs, but made no specific submissions in this regard. Costs will thus be assessed according to the tariff.

JUDGMENT in T-1766-16

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The defendants Canadian National Railway Company and CSX Transportation, Inc. are condemned to pay \$1 500 000, plus interest running from January 14, 2020 at a rate of 2.5 percent per year, in solidarity, to the plaintiff ABB Inc.
2. Costs are awarded to the plaintiff ABB Inc.

*Gilmyr inc.*, 2018 QCCQ 4834, au paragraphe 39; voir aussi Pineau et Lefebvre, *Le contrat de transport*, à la page 113.

[129] ABB réclame des dépens, mais elle n'a pas fait de propositions précises à ce sujet. Les dépens seront ainsi évalués conformément au tarif.

JUGEMENT DANS LE DOSSIER T-1766-16

LA COUR ORDONNE que :

1. Les défenderesses Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et CSX Transportation, Inc. soient condamnées solidairement à verser 1 500 000 \$, plus les intérêts qui commenceront à courir le 14 janvier 2020, à un taux de 2,5 p. 100 par an, à la demanderesse ABB Inc.
2. Les dépens soient adjugés à la demanderesse ABB Inc.

IMM-3566-19  
2020 FC 631

IMM-3566-19  
2020 CF 631

**Medhanie Aregawi Weldemariam** (*Applicant*)

**Medhanie Aregawi Weldemariam** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Norris J.—Toronto, February 3; Ottawa, May 20, 2020.

Cour fédérale, juge Norris—Toronto, 3 février; Ottawa, 20 mai 2020.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of Immigration and Refugee Board of Canada, Immigration Division (ID) decision determining that applicant inadmissible on security grounds under Immigration and Refugee Protection Act, s. 34(1)(f) — Applicant, Ethiopian, former employee of Ethiopian government’s Information Network Security Agency (INSA) — INSA targeting Ethiopian journalists with surveillance malware — Applicant alleging at risk of persecution by Ethiopian security forces — Stating only working on one project with INSA, having no knowledge of INSA’s above-mentioned activities — Canada Border Services Agency officer issuing report under Act, s. 44(1) — ID finding INSA’s activities constituting “espionage” within meaning of Act, s. 34(1)(a) — Concluding those acts of espionage “contrary to Canada’s interests” because directed “against nationals of countries allied to Canada” — Whether ID’s understanding of what it means for act of espionage to be “contrary to Canada’s interests” reasonable — ID’s decision unreasonable — Failing to consider history, purpose of s. 34(1)(a) — Act of espionage having to be directed against Canada or be contrary to Canada’s interests — Scope of espionage as ground of inadmissibility narrowed by Parliament — ID’s expansive interpretation of s. 34(1)(a) not consistent with Parliament’s intent — Nexus with Canada’s national security required to engage s. 34(1)(a) — No nexus between INSA’s espionage activities, Canada in case at bar — Canada’s national security interests not engaged simply by the targeting of individuals who are nationals or residents of one of its allies, as opposed to the targeting of the ally itself — Question certified — Application allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle la Section de l’immigration (SI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada a jugé que le demandeur était interdit de territoire au Canada pour des raisons de sécurité aux termes de l’art. 34(1)f) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (la LIPR) — Le demandeur, un Éthiopien, était un ancien employé de l’Information Network Security Agency (agence chargée de la sécurité des réseaux (INSA)) — L’INSA a ciblé des journalistes éthiopiens au moyen de logiciels de surveillance malveillants — Le demandeur a soutenu qu’il courait un risque de persécution de la part des forces de sécurité éthiopiennes — Il a affirmé qu’il avait travaillé à un seul projet et qu’il n’avait aucune connaissance des activités susmentionnées de l’INSA — Un agent de l’Agence des services frontaliers du Canada a produit un rapport en application de l’art. 44(1) de la LIPR — La SI a conclu que les activités de l’INSA constituaient de l’« espionnage » au sens de l’art. 34(1)a) de la LIPR — Elle a conclu que ces actes d’espionnage étaient « contraires aux intérêts du Canada » parce qu’ils visaient « des ressortissants de pays alliés du Canada » — Il s’agissait de savoir si la compréhension par la SI de ce qu’est un acte d’espionnage « contraire aux intérêts du Canada » était raisonnable — La décision de la SI était déraisonnable — La SI n’a pas tenu compte de l’historique et de l’objectif de l’art. 34(1)a) — Un acte d’espionnage doit être dirigé contre le Canada ou être contraire aux intérêts du Canada — La portée de l’espionnage en tant que motif d’interdiction de territoire a été réduite par le Parlement — L’interprétation large de l’art. 34(1)a) par la SI ne cadrerait pas avec l’intention du législateur — Il faut un lien avec la sécurité nationale du Canada pour qu’une affaire mette en cause l’art. 34(1)a) — Il n’y avait pas de lien entre les activités d’espionnage de l’INSA et le Canada dans l’affaire en l’espèce — Les intérêts du Canada en matière de sécurité*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Immigration and Refugee Board of Canada, Immigration Division (ID) determining that applicant inadmissible on security grounds under Immigration and Refugee Protection Act, s. 34(1)(f) — Applicant, Ethiopian, former employer of Ethiopian government's Information Network Security Agency (INSA) — INSA targeting Ethiopian journalists with surveillance malware — ID finding INSA's activities constituting "espionage" within meaning of Act, s. 34(1)(a) — Concluding those acts of espionage "contrary to Canada's interests" because fundamental freedoms of opinion, expression cornerstone of Charter — ID failing to explain how fundamental freedoms relevant to actions of INSA — Charter not applying to INSA, not protecting journalists targeted by INSA.*

This was an application for judicial review of a decision of the Immigration Division (ID) of the Immigration and Refugee Board of Canada determining that the applicant's employment history made him inadmissible on security grounds under paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

The applicant, a national of Ethiopia, worked as a software developer for the Information Network Security Agency (INSA), an Ethiopian government agency. Reports from civil society organizations indicate that INSA plays an important role in monitoring the internet and filtering websites available in Ethiopia. Its mandate also includes the use of offensive cyber capabilities and the targeting of members of the Ethiopian diaspora (especially journalists) with surveillance malware by the Ethiopian government has been documented. The applicant claimed refugee protection, alleging that he was at risk of persecution by Ethiopian security forces after his return from Sweden where he had completed further studies. The applicant stated that he had only worked on one project and that he had no knowledge of INSA's above-mentioned activities. A Canada Border Services Agency officer issued a report under subsection 44(1) of the Act, which stated that the applicant had been a member of INSA, "an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in an act of espionage that is against Canada or that is contrary to Canada's interests". The determinative issues before the ID were whether the activities of INSA in question constituted espionage and, if so, whether they were contrary to Canada's interests. The ID found that there were

*nationale n'étaient pas mis en jeu par le simple ciblage de particuliers qui sont ressortissants ou résidents d'un pays allié du Canada, par opposition au ciblage d'un pays allié — Question certifiée — Demande accueillie.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — La Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada a jugé que le demandeur était interdit de territoire au Canada pour des raisons de sécurité aux termes de l'art. 34(1)(f) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR) — Le demandeur, un Éthiopien, était un ancien employé de l'Information Network Security Agency, un organisme du gouvernement éthiopien — L'INSA a ciblé des journalistes éthiopiens au moyen de logiciels de surveillance malveillants — La SI a conclu que les activités de l'INSA constituaient de l'« espionnage » au sens de l'art. 34(1)(a) de la LIPR — Elle a conclu que ces actes d'espionnage étaient « contraires aux intérêts du Canada » parce que les libertés fondamentales d'opinion et d'expression constituent l'une des pierres angulaires de la Charte — La SI n'a pas expliqué en quoi les libertés fondamentales sont pertinentes quant aux actions de l'INSA — La Charte ne s'applique pas à l'INSA et ne protège pas les journalistes ciblés par l'INSA.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada a jugé qu'à cause de ses antécédents professionnels, le demandeur était interdit de territoire au Canada pour des raisons de sécurité aux termes de l'alinéa 34(1)(f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR)*.

Le demandeur, né en Éthiopie, a occupé un poste de concepteur de logiciels pour l'Information Network Security Agency (agence chargée de la sécurité des réseaux (INSA)), un organisme gouvernemental éthiopien. Des rapports produits par des organisations de la société civile indiquent que l'INSA joue un rôle important dans la surveillance d'Internet et le filtrage des sites Web accessibles en Éthiopie. Son mandat prévoit également l'utilisation de cybercapacités offensives et, selon les rapports, le gouvernement éthiopien a ciblé des membres de la diaspora éthiopienne (particulièrement des journalistes) au moyen de logiciels de surveillance malveillants. Le demandeur a déposé une demande d'asile, soutenant qu'il courait un risque de persécution de la part des forces de sécurité éthiopiennes après son retour de la Suède, où il avait fait des études supérieures. Le demandeur a affirmé qu'il avait travaillé à un seul projet et qu'il n'avait aucune connaissance des activités susmentionnées de l'INSA. Un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada a produit, en application du paragraphe 44(1) de la LIPR, un rapport dans lequel il affirmait que le demandeur était membre de l'INSA, « une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle a été, qu'elle est ou qu'elle sera l'auteur d'un acte d'espionnage dirigé contre le



reasonable grounds to believe that INSA had targeted Ethiopian journalists and political dissidents outside Ethiopia with spyware and that this constituted “espionage” within the meaning of paragraph 34(1)(a) of the Act. The ID concluded that INSA’s acts of espionage against Ethiopian journalists were “contrary to Canada’s interests” because they were directed “against nationals of countries allied to Canada” and that “[t]he fundamental freedoms [of] opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication are a cornerstone of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.”

The determinative issue was whether the ID’s understanding of what it means for an act of espionage to be “contrary to Canada’s interests” was reasonable.

*Held*, the application should be allowed.

The ID’s decision was unreasonable. First, the ID failed entirely to consider the history and purpose of paragraph 34(1)(a). The current paragraph 34(1)(a) came into force in 2013. With the amendment, engaging in acts of espionage and engaging in acts of subversion became distinct grounds of inadmissibility. An act of espionage must be directed against Canada or be contrary to Canada’s interests. An act of subversion, on the other hand, can make one inadmissible if it is directed against “any government”. The scope of espionage as a ground of inadmissibility was narrowed. The rationale for the change was that the former wording of paragraph 34(1)(a) was too wide because it could capture the espionage activities of “close democratic allies of Canada ... who may ... have been gathering intelligence on behalf of Canada against common security threats”. The ID never considered whether its expansive interpretation of paragraph 34(1)(a) was consistent with Parliament’s intent to narrow the scope of this ground of inadmissibility. Second, the ID treated “Canada’s interests” as equivalent to “things Canada is interested in” without considering that there must be some actual nexus to Canada to engage paragraph 34(1)(a). However, the ID failed to explain how fundamental freedoms are relevant to the actions of INSA. The Charter neither applies to INSA nor does it protect the journalists targeted by INSA. The ID’s failure to consider the need for a nexus to Canada for paragraph 34(1)(a) to be engaged also led it to rely erroneously on *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*. As there was no nexus between INSA’s espionage activities and Canada in the case at bar. Third, the ID failed to explain the nexus between the actions of INSA in question and Canada’s national security. A nexus with national security is required to bring a matter within the scope of subsection 34(1)

Canada ou contraire aux intérêts du Canada ». Les questions déterminantes devant la SI étaient de savoir si les activités en cause de l’INSA constituaient de l’espionnage et, dans l’affirmative, si elles étaient contraires aux intérêts du Canada. La SI a conclu qu’il y avait des motifs raisonnables de croire que l’INSA avait ciblé des journalistes éthiopiens et des dissidents politiques en dehors de l’Éthiopie à l’aide d’un logiciel espion et que cette activité constituait de l’« espionnage » au sens de l’alinéa 34(1)a) de la LIPR. La SI a conclu que les actes d’espionnage auxquels s’est livrée l’INSA contre des journalistes éthiopiens étaient « contraires aux intérêts du Canada » parce qu’ils visaient « des ressortissants de pays alliés du Canada » et que « les libertés fondamentales d’opinion et d’expression, y compris la liberté de la presse et d’autres moyens de communication, constituent l’une des pierres angulaires de la *Charte canadienne des droits et libertés* ».

La question déterminante était celle de savoir si la compréhension par la SI de ce qu’est un acte d’espionnage « contraire aux intérêts du Canada » était raisonnable.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

La décision de la SI était déraisonnable. Premièrement, la SI n’a absolument pas tenu compte de l’historique et de l’objectif de l’alinéa 34(1)a). L’alinéa 34(1)a), dans sa version actuelle, est entré en vigueur en 2013. La modification a fait en sorte que la participation à des actes d’espionnage et la participation à des actes de subversion sont devenues des motifs distincts d’interdiction de territoire. Un acte d’espionnage doit être dirigé contre le Canada ou être contraire aux intérêts du Canada. Un acte de subversion, en revanche, peut faire en sorte qu’une personne soit interdite de territoire s’il vise « un gouvernement ». La portée de l’espionnage en tant que motif d’interdiction de territoire a été réduite. Ce changement a été apporté parce que l’ancien libellé de l’alinéa 34(1)a) avait une trop grande portée parce qu’il pouvait englober les activités de « proches alliés démocratiques du Canada [...] qui recueillent peut-être [...] des renseignements au nom de notre pays concernant des menaces communes à la sécurité ». La SI n’a jamais étudié la question de savoir si son interprétation large de l’alinéa 34(1)a) cadrait avec l’intention du législateur de réduire la portée de ce motif d’interdiction de territoire. Deuxièmement, la SI a considéré que les « intérêts du Canada » étaient équivalents à « ce qui intéresse le Canada », en omettant le fait qu’il doit exister un lien réel avec le Canada pour déclencher l’application de l’alinéa 34(1)a). Cependant, la SI n’a pas expliqué en quoi cela est pertinent aux actions de l’INSA. La Charte ne s’applique pas à l’INSA et ne protège pas les journalistes ciblés par l’INSA. Le fait que la SI n’a pas tenu compte de la nécessité d’un lien avec le Canada pour l’application de l’alinéa 34(1)a) l’a également amenée à s’appuyer à tort sur l’arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, puisqu’il n’existait aucun lien entre les activités d’espionnage de l’INSA

of the Act. The sole nexus the ID found to Canada's security was that INSA had "engaged in espionage against nationals of countries allied to Canada". The evidence in the record did not establish that the individuals targeted by INSA were nationals of the United States or Belgium, as opposed to residents of those countries. Even if the targeted individuals were nationals of their respective countries of residence, the ID offered no explanation how a foreign agency targeting them for surveillance in another country engaged Canada's national security. INSA was not targeting the United States or Belgium. It is something else entirely to suggest that Canada's national security interests are engaged simply by the targeting of individuals who are nationals or residents of one of its allies, as opposed to the targeting of the ally itself.

A question was certified as to whether a person is inadmissible pursuant to paragraph 34(1)(f) of the Act for being a member of an organization involved in acts of espionage contrary to Canada's interests within the meaning of paragraph 34(1)(a) of the Act if the organization's espionage activities take place outside Canada and target foreign nationals in a manner that is contrary to the values that underlie the Charter.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Bill C-43, *Faster Removal of Foreign Criminals Act*, 1<sup>st</sup> Sess., 41<sup>st</sup> Parl., 2011–2013.  
*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, 2(b).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 25(1), 33, 34, 42.1, 44(1), (2), 72(1), 74(d), 103(1).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

- Canada (Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 44 D.L.R. (4th) 1; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Mason v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 1251, [2020] 2 F.C.R. 3; *Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22,

et le Canada dans la présente affaire. Troisièmement, la SI n'a pas expliqué le lien entre les actions en cause de l'INSA et la sécurité nationale du Canada. Il faut un lien avec la sécurité nationale pour qu'une affaire réponde aux exigences du paragraphe 34(1) de la LIPR. Le seul lien avec la sécurité du Canada que la SI a pu établir était que l'INSA « s'est livrée à des actes d'espionnage contre des ressortissants de pays alliés du Canada ». Dans le dossier, les éléments de preuve n'ont pas établi que les personnes ciblées par l'INSA étaient des ressortissants des États-Unis ou de la Belgique, et non des résidents de ces pays. Même si les personnes ciblées étaient ressortissantes de leurs pays de résidence respectifs, la SI n'a pas expliqué en quoi le fait qu'une agence étrangère les cible aux fins de surveillance dans un autre pays mettait en jeu la sécurité nationale du Canada. L'INSA ne ciblait ni les États-Unis ni la Belgique. C'est une chose d'envisager que le ciblage d'un pays allié mette en jeu les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale, mais c'est tout autre chose de laisser entendre que ces intérêts sont mis en jeu par le simple ciblage de particuliers qui sont ressortissants ou résidents d'un pays allié du Canada.

La question de savoir si une personne est interdite de territoire au Canada conformément à l'alinéa 34(1)f) de la LIPR parce qu'elle a été membre d'une organisation qui a été l'auteur d'actes d'espionnage contraires aux intérêts du Canada au sens de l'alinéa 34(1)a) de la LIPR, si les activités d'espionnage de cette organisation ont lieu en dehors du Canada et ciblent des ressortissants étrangers de façon contraire aux valeurs qui sous-tendent la Charte, a été certifiée.

#### LOIS ET RÈGLEMENT CITÉS

- Projet de loi C-43, *Loi accélérant le renvoi de criminels étrangers*, 1<sup>re</sup> sess., 41<sup>e</sup> lég., 2011–2013.  
*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, 2b).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 25(1), 33, 34, 42.1, 44(1), (2), 72(1), 74d), 103(1).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

- Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.S.C. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Mason c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 1251, [2020] 2 R.C.F. 3; *Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674; *Mudrak c. Canada (Citoyenneté et*

[2018] 3 F.C.R. 674; *Mudrak v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 178, 43 Imm. L.R. (4th) 199; *Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229.

## DISTINGUISHED:

*Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Sumaida v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 256.

## CONSIDERED:

*Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100; *Crenna v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 491; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers*, 2019 SCC 67, 44 D.L.R. (4th) 269; *Karaboneye v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2014 CanLII 99224 (I.R.B.).

## REFERRED TO:

*Qu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 71, (2000), 188 F.T.R. 226 (T.D.); *Peer v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 752, [2012] 1 F.C.R. 271, aff'd 2011 FCA 91, 96 Imm. L.R. (3d) 18; *Okomaniuk v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 473, 432 F.T.R. 143; *Hadian v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1182, 47 Imm. L.R. (4th) 313; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, (1996), 135 D.L.R. (4th) 214; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292.

## AUTHORS CITED

Canada. Library of Parliament. Legislative Summary of Bill-C43: An Act to Amend the Immigration and Refugee Protection Act (Faster Removal of Foreign Criminals Act), Publication No. 41-1-C43-E, 30 July 2012/revisé 03 October 2012.

Canada. Parliament. *House of Commons Debates*, 41st Parl., 1st Sess., Vol. 146, No. 151 (24 September 2012).

Citizenship and Immigration Canada. *Enforcement Manuel (ENF)*. Chapter ENF 2: “Evaluating Inadmissibility”.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board of Canada (*X (Re)*, 2019 CanLII 135483 (I.R.B.))

*Immigration*), 2016 CAF 178; *Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 130, [2018] 2 R.C.F. 229.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Sumaida c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 256.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100; *Crenna c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 491; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *Société canadienne des postes c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes*, 2019 CSC 67; *Karaboneye c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2014 CanLII 99224 (C.I.S.R.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Qu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 4 C.F. 71 (1<sup>re</sup> inst.); *Peer c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 752, [2012] 1 R.C.F. 271, conf. par 2011 CAF 91; *Okomaniuk c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 473; *Hadian c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1182; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292.

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Bibliothèque du Parlement. Résumé législatif du projet de loi C-43 : Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (Loi accélérant le renvoi de criminels étrangers), Publication n° 41-1-C43-F, 30 juillet 2012/révisée le 03 octobre 2012.

Canada. Parlement. *Débats de la Chambre des communes*, 41<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., vol. 146, n° 151 (24 septembre 2012).

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide d'exécution de la loi (ENF)*. Chapitre ENF 2 : « Évaluation de l'interdiction de territoire ».

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Butterworths, 1983.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (*X (Re)*,

determining that the applicant's employment history made him inadmissible on security grounds under paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application allowed.

#### APPEARANCES

*Paul VanderVennen* for applicant.  
*Bernard Assan* for respondent.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Paul VanderVennen*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

NORRIS J.:

#### I. OVERVIEW

[1] The applicant is an Ethiopian citizen and a former employee of the Information Network Security Agency (INSA), an Ethiopian state security and intelligence agency. The Immigration Division (ID) of the Immigration and Refugee Board of Canada (I.R.B.) [*X (Re)*, 2019 CanLII 135483] determined that this employment history made the applicant inadmissible to Canada on security grounds under paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). More particularly, the ID found the applicant to be inadmissible because he had been a member of an organization that had engaged in acts of espionage that were “contrary to Canada’s interests”, as provided for in paragraph 34(1)(a) of the IRPA.

[2] The applicant applies for judicial review of this decision under subsection 72(1) of the IRPA. He does not dispute that he was employed by INSA from 2009 until 2014, that INSA engaged in espionage, or that employment with INSA can constitute membership in an

2019 CanLII 135483 (C.I.S.R.) a jugé qu’à cause de ses antécédents professionnels, le demandeur était interdit de territoire au Canada pour des raisons de sécurité aux termes de l’alinéa 34(1)f de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

#### ONT COMPARU :

*Paul VanderVennen* pour le demandeur.  
*Bernard Assan* pour le défendeur.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Paul VanderVennen*, Toronto, pour le demandeur.  
*La sous-procureure générale du Canada* pour le défendeur.

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

LE JUGE NORRIS :

#### I. APERÇU

[1] Le demandeur est un citoyen éthiopien et un ancien employé de l’Information Network Security Agency (agence chargée de la sécurité des réseaux (INSA)), un service de renseignement de sécurité de l’État éthiopien. La Section de l’immigration (SI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada (C.I.S.R.) [*X (Re)*, 2019 CanLII 135483] a jugé qu’à cause de ces antécédents professionnels, le demandeur était interdit de territoire au Canada pour des raisons de sécurité aux termes de l’alinéa 34(1)f de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR). Plus précisément, la Section de l’immigration a conclu que le demandeur était interdit de territoire parce qu’il avait été membre d’une organisation qui a été l’auteur d’actes d’espionnage « contraire[s] aux intérêts du Canada », comme le prévoit l’alinéa 34(1)a de la LIPR.

[2] Le demandeur sollicite un contrôle judiciaire de cette décision en application du paragraphe 72(1) de la LIPR. Il ne nie pas avoir été employé par l’INSA de 2009 à 2014 et ne conteste pas que l’INSA a été l’auteur d’actes d’espionnage ni que le fait de travailler pour l’INSA peut

organization for purposes of paragraph 34(1)(f) of the IRPA. He contends, however, that the ID's determination that he is inadmissible on security grounds rests on an unreasonably broad interpretation of the phrase "contrary to Canada's interests" in paragraph 34(1)(a) of the IRPA.

[3] For the reasons that follow, I agree with the applicant. This application will therefore be allowed and the matter remitted to the ID for redetermination.

[4] The parties have jointly proposed a question for certification under paragraph 74(d) of the IRPA. As I will also explain below, while I would amend the wording of their proposed question slightly, I agree with the parties in substance that the question they propose should be certified.

## II. BACKGROUND

[5] The applicant was born in Ethiopia in December 1986. Upon graduating in 2009 with a Bachelor of Science in Computer Science from Mekelle University, he was recruited to work as a software developer for INSA.

[6] INSA is an Ethiopian government agency accountable to the Prime Minister. Its mandate is to "protect the national interest" through safeguarding "the country's information and information infrastructures". According to the agency's website, its role is to build "National Cyber Power capable of protecting the national interest" and to provide "technical intelligence pertaining to [the] national interest so as to support decisions and actions of the government." Reports from civil society organizations indicate that, among other things, INSA plays an important role in monitoring the internet and filtering websites available in Ethiopia. Its mandate also includes the use of offensive cyber capabilities. Reports from civil society organizations have documented the targeting of members of the Ethiopian diaspora (especially journalists) with surveillance malware by the Ethiopian government. INSA is alleged to have been the Ethiopian agency engaged in at least some of this activity.

constituer une adhésion à une organisation pour l'application de l'alinéa 34(1)f) de la LIPR. En revanche, il prétend que la décision de la SI selon laquelle il est interdit de territoire pour des raisons de sécurité repose sur une interprétation trop générale de l'expression « contraire aux intérêts du Canada » utilisée à l'alinéa 34(1)a) de la LIPR.

[3] Pour les motifs qui suivent, je suis du même avis que le demandeur. La présente demande est donc accueillie et l'affaire est renvoyée à la Section de l'immigration aux fins de réexamen.

[4] Les parties ont proposé conjointement une question à certifier en application de l'alinéa 74d) de la LIPR. Comme je l'expliquerai également ci-dessous, bien que je modifierais légèrement l'énoncé de la question proposée, je conviens sur le fond avec les parties que cette question devrait être certifiée.

## II. CONTEXTE

[5] Le demandeur est né en Éthiopie en 1986. Lorsqu'il a obtenu son baccalauréat en sciences informatiques de l'Université de Mekelle en 2009, il a été recruté à un poste de concepteur de logiciels pour l'INSA.

[6] L'INSA est un organisme gouvernemental éthiopien qui rend des comptes au premier ministre. Son mandat est de « protéger l'intérêt national » en assurant la protection [TRADUCTION] « des renseignements et des infrastructures d'information du pays ». D'après le site Web de l'organisme, son rôle consiste à établir [TRADUCTION] « une puissance cybernétique nationale capable de protéger l'intérêt national » et à fournir [TRADUCTION] « des renseignements techniques en lien avec [l']intérêt national afin d'appuyer les décisions et les mesures prises par le gouvernement ». Des rapports produits par des organisations de la société civile indiquent notamment que l'INSA joue un rôle important dans la surveillance d'Internet et le filtrage des sites Web accessibles en Éthiopie. Son mandat prévoit également l'utilisation de cybercapacités offensives. Selon les rapports produits par des organisations de la société civile, le gouvernement éthiopien a ciblé des membres de la diaspora éthiopienne (particulièrement des journalistes) au moyen de logiciels

[7] According to the applicant, he worked on a single project while he was employed by INSA—the development of air defense simulation software to be used for training members of the military.

[8] The applicant worked at INSA until June or July 2014. He then left Ethiopia to study for a Master of Science degree in Computer Science at Linköping University in Sweden from September 2014 until September 2016. He returned to Ethiopia after completing his studies.

[9] The applicant arrived at Toronto Pearson International Airport on February 4, 2017, and made a claim for refugee protection. He alleged that he was at risk of persecution by Ethiopian security forces, which had targeted him after he returned from Sweden.

[10] The applicant's refugee claim was held in abeyance while the Minister inquired into whether the applicant was inadmissible to Canada because of his employment with INSA. It was eventually suspended under subsection 103(1) of the IRPA.

[11] On July 27, 2017, a Canada Border Services Agency officer interviewed the applicant about his background and his employment with INSA. The applicant stated that the only project he worked on there was developing air defense simulation software. The officer asked the applicant about reports that INSA had used spyware to monitor members of the Ethiopian diaspora—especially journalists—and to suppress independent reporting and opposition to the Ethiopian government. The applicant said that he had no knowledge of such activities.

[12] On August 15, 2017, the officer issued a report under subsection 44(1) of the IRPA stating the opinion

de surveillance malveillants. On reproche à l'INSA d'avoir été l'organisme éthiopien ayant pris part à cette activité, du moins en partie.

[7] Le demandeur affirme n'avoir travaillé que sur un projet lorsqu'il travaillait pour l'INSA, à savoir la conception d'un logiciel de simulation de défense aérienne devant servir à la formation de militaires.

[8] Le demandeur a travaillé à l'INSA jusqu'en juin ou juillet 2014. Il a ensuite quitté l'Éthiopie afin de préparer une maîtrise en sciences informatiques à l'Université de Linköping, en Suède, de septembre 2014 à septembre 2016. Après ses études, il est revenu en Éthiopie.

[9] Le demandeur, après son arrivée à l'Aéroport international Pearson de Toronto le 4 février 2017, a déposé une demande d'asile. Il a soutenu qu'il courait un risque de persécution de la part des forces de sécurité éthiopiennes, qui l'avaient ciblé après son retour de la Suède.

[10] La demande d'asile déposée par le demandeur est restée en suspens pendant que le ministre cherchait à savoir si le demandeur était interdit de territoire au Canada en raison de l'emploi qu'il avait occupé à l'INSA. Elle a par la suite été suspendue conformément au paragraphe 103(1) de la LIPR.

[11] Le 27 juillet 2017, un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada a interrogé le demandeur quant à ses antécédents et à l'emploi qu'il avait occupé à l'INSA. Le demandeur a affirmé que le seul projet auquel il avait travaillé à l'INSA était la conception d'un logiciel de simulation de défense aérienne. L'agent lui a posé des questions au sujet de rapports voulant que l'INSA ait utilisé des logiciels espions pour surveiller des membres de la diaspora éthiopienne (en particulier des journalistes) et pour empêcher la production de rapports indépendants et l'opposition au gouvernement éthiopien. Le demandeur a déclaré qu'il n'avait aucune connaissance de ces activités.

[12] Le 15 août 2017, l'agent a produit, en application du paragraphe 44(1) de la LIPR, un rapport dans lequel

that the applicant is inadmissible to Canada under paragraph 34(1)(f) of the IRPA. Specifically, the report stated that the applicant had been a member of INSA and “INSA is an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in an act of espionage that is against Canada or that is contrary to Canada’s interests”, as referred to in paragraph 34(1)(a) of the IRPA. The officer also wrote a detailed case review recommending referral to the ID for an admissibility hearing.

[13] The case review included information concerning alleged targeting of Ethiopian journalists with cyber attacks in December 2013 and again in November and December 2014.

[14] Spyware known as Remote Control System (RCS), which is produced by Hacking Team, a company based in Italy, had been sent to journalists working for Ethiopian Satellite Television & Radio (commonly known as ESAT). Founded in 2010, ESAT is an independent satellite television, radio and online news media outlet run by members of the Ethiopian diaspora. It often reports critically on the Ethiopian government and on conditions in Ethiopia. According to an I.R.B. response to information request (RIR) dated April 1, 2016, its headquarters are in Amsterdam but it also has branches in Washington, D.C., and London, England. This same RIR stated that while there are ESAT support groups across Canada, there was no indication at that time that any ESAT reporters lived in Canada.

[15] In these attacks, spyware was hidden in innocent-looking attachments to email messages sent to ESAT employees. One of these employees was in Belgium at the time; the others were in the United States. Once it infects an electronic device like a computer, RCS is said to be capable of retrieving data from the computer, monitoring use of the computer (including Skype conversations), recording passwords, and even turning on the computer’s camera and microphone. It does not appear that any of

il affirmait que le demandeur était interdit de territoire au Canada conformément à l’alinéa 34(1)f de la LIPR. Plus précisément, il indiquait dans son rapport que le demandeur avait travaillé à l’INSA et que [TRADUCTION] « l’INSA est une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle a été, qu’elle est ou qu’elle sera l’auteur d’un acte d’espionnage dirigé contre le Canada ou contraire aux intérêts du Canada », conformément à l’alinéa 34(1)a de la LIPR. L’agent a également préparé un examen détaillé du dossier dans lequel il recommandait le renvoi à la Section de l’immigration afin qu’elle tienne une audience sur l’interdiction de territoire.

[13] L’examen du cas comprenait des renseignements sur le ciblage présumé de journalistes éthiopiens au moyen de cyberattaques en décembre 2013, puis une nouvelle fois en novembre et en décembre 2014.

[14] Un logiciel espion appelé Remote Control System (RCS) et produit par Hacking Team, une société établie en Italie, avait été envoyé à des journalistes travaillant pour l’organe de presse Ethiopian Satellite Television & Radio (qu’on appelle communément ESAT). Fondé en 2010, ESAT est un organe de presse indépendant qui diffuse des nouvelles par satellite à la télévision, à la radio et en ligne; il est administré par des membres de la diaspora éthiopienne. Il présente souvent des reportages critiques à l’égard du gouvernement éthiopien et des conditions en Éthiopie. D’après une réponse à une demande d’information (RDI) de la C.I.S.R. datée du 1<sup>er</sup> avril 2016, son siège social se trouve à Amsterdam, mais il a également des bureaux à Washington D.C. et à Londres, en Angleterre. On pouvait également lire, dans cette RDI, que même si ESAT compte des groupes de soutien partout au Canada, rien n’indiquait à l’époque que des journalistes d’ESAT vivaient au Canada.

[15] Les attaques ont consisté en l’envoi aux employés d’ESAT de courriels accompagnés de pièces jointes apparemment inoffensives dans lesquelles étaient cachés des logiciels espions. Un de ces employés se trouvait en Belgique à l’époque; les autres étaient aux États-Unis. Une fois que le logiciel espion infecte un appareil électronique tel qu’un ordinateur, RCS est apparemment capable de récupérer des données sur l’ordinateur, de surveiller l’utilisation de l’ordinateur (y compris les conversations

the targeting attempts were successful. There was evidence linking the attempts to the Ethiopian government (including leaked correspondence between Hacking Team and its client in Ethiopia after reports of the cyber attacks on ESAT had been made public). There was also circumstantial evidence linking these attacks to INSA in particular.

[16] An enforcement supervisor concurred with the officer's recommendation and referred the applicant for an admissibility hearing before the ID under subsection 44(2) of the IRPA.

[17] The ID hearing took place on March 11, 2019.

[18] Documentation before the ID included substantial evidence of Ethiopia's persecution of opposition journalists and its targeting of ESAT in particular but the Minister relied only on the 2013 and 2014 cyber attacks directed at ESAT employees as the foundation for the applicant's inadmissibility.

[19] For reasons dated May 17, 2019, the ID found the applicant to be inadmissible to Canada under paragraph 34(1)(f) of the IRPA and issued a deportation order.

### III. DECISION UNDER REVIEW

[20] The burden rested on the Minister to establish that there are reasonable grounds to believe that the applicant is inadmissible. As the Supreme Court of Canada explained in *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100, the "reasonable grounds to believe" standard "requires something more than mere suspicion, but less than the standard applicable in civil matters of proof on the balance of probabilities". "In essence", the Court continued, "reasonable grounds will exist where there is an objective basis for the

Skype), d'enregistrer des mots de passe et même d'allumer la caméra et le micro de l'ordinateur. Il semble qu'aucune tentative de ciblage n'a été fructueuse. Des éléments de preuve ont permis d'établir des liens entre ces tentatives et le gouvernement éthiopien (notamment de la correspondance entre Hacking Team et son client en Éthiopie après la publication d'articles sur les cyberattaques dont ESAT a été victime). Des preuves circonstancielles établissaient également des liens entre ces attaques et l'INSA, plus précisément.

[16] Un superviseur de l'application de la loi a approuvé la recommandation de l'agent et a renvoyé le demandeur devant la Section de l'immigration pour une audience sur l'interdiction de territoire en application du paragraphe 44(2) de la LIPR.

[17] L'audience devant la Section de l'immigration a eu lieu le 11 mars 2019.

[18] Les documents présentés à la Section de l'immigration comprenaient des éléments de preuve substantiels quant au fait que l'Éthiopie persécutait les journalistes de l'opposition et ciblait plus précisément ESAT, mais le ministre ne s'est appuyé que sur les cyberattaques montées contre les employés d'ESAT en 2013 et en 2014 pour justifier l'interdiction de territoire du demandeur.

[19] Pour des motifs datés du 17 mai 2019, la Section de l'immigration a conclu que le demandeur était interdit de territoire au Canada en application de l'alinéa 34(1)f) de la LIPR et a pris une mesure d'expulsion contre lui.

### III. DÉCISION FAISANT L'OBJET DU CONTRÔLE

[20] Il incombait au ministre d'établir qu'il existe des motifs raisonnables de croire que le demandeur est interdit de territoire. Comme l'a expliqué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100, au paragraphe 114, la norme des « motifs raisonnables (de penser) » « exigeait davantage qu'un simple soupçon, mais restait moins stricte que la prépondérance des probabilités applicable en matière civile [...] La croyance doit essentiellement posséder un fondement



belief which is based on compelling and credible information” (at paragraph 114; citations omitted).

[21] No issue is taken with the ID’s understanding of the burden or the standard of proof.

[22] At the ID hearing, the applicant conceded that his employment with INSA is sufficient to constitute “membership in an organization” for purposes of paragraph 34(1)(f) of the IRPA. Consequently, the determinative issues were whether the activities of INSA in question constituted espionage and, if so, whether they were contrary to Canada’s interests.

[23] The ID found that there were reasonable grounds to believe that INSA had targeted Ethiopian journalists and political dissidents outside Ethiopia with RCS spyware in 2013 and 2014 (as described above in paragraphs 14 and 15). The ID also found that this activity constituted “espionage” within the meaning of paragraph 34(1)(a) in so far as it was a covert attempt to gather information, relying on *Qu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 71, (2000), 188 F.T.R. 226 (T.D.), at paragraph 48, and *Peer v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 752, [2012] 1 F.C.R. 271, at paragraphs 30–37 (affd *Peer v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 91, 96 Imm. L.R. (3d) 18). These findings are not contested on this application.

[24] As already noted, only the ID’s determination with respect to whether these activities were contrary to the interests of Canada is in issue here.

[25] The ID concluded that INSA’s acts of espionage against ESAT were “contrary to Canada’s interests” for two reasons. One is that the acts of espionage were directed “against nationals of countries allied to Canada” [at paragraph 34]. (Minister’s counsel had argued that INSA engaged in cyber espionage “specifically involving individuals who are our allies and living within those countries”. This was the sole basis upon which the Minister

objectif reposant sur des renseignements concluants et dignes de foi » (renvois omis).

[21] La compréhension de la Section de l’immigration quant au fardeau de la preuve ou à la norme de preuve n’est pas mise en doute.

[22] Lors de l’audience devant la Section de l’immigration, le demandeur a reconnu que l’emploi qu’il avait occupé à l’INSA suffisait à faire de lui un « membre d’une organisation » pour l’application de l’alinéa 34(1)f) de la LIPR. Les questions déterminantes étaient donc de savoir si les activités en cause de l’INSA constituaient de l’espionnage et, dans l’affirmative, si elles étaient contraires aux intérêts du Canada.

[23] La Section de l’immigration a conclu qu’il y avait des motifs raisonnables de croire que l’INSA avait ciblé des journalistes éthiopiens et des dissidents politiques en dehors de l’Éthiopie à l’aide du logiciel espion de RCS en 2013 et en 2014 (tel qu’il est indiqué ci-dessus, aux paragraphes 14 et 15). S’appuyant sur les décisions *Qu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2000] 4 C.F. 71 (1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 48, et *Peer c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 752, [2012] 1 R.C.F. 271, aux paragraphes 30 à 37 (conf. par *Peer c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 91), la Section de l’immigration a également conclu que cette activité constituait de l’« espionnage » au sens de l’alinéa 34(1)a) puisqu’il s’agissait d’une tentative subreptice de recueillir de l’information. Ces conclusions ne sont pas contestées dans la présente demande.

[24] Ainsi qu’il a été mentionné précédemment, la seule conclusion en litige en l’espèce est la conclusion de la Section de l’immigration quant au fait que les activités de l’INSA étaient contraires aux intérêts du Canada.

[25] La Section de l’immigration a conclu que les actes d’espionnage contre ESAT commis par l’INSA étaient « contraire[s] aux intérêts du Canada » pour deux raisons. La première est que les actes d’espionnage visaient « des ressortissants de pays alliés du Canada » [au paragraphe 34]. (L’avocat du ministre avait fait valoir que l’INSA s’était livrée à des activités de cyberespionnage [TRADUCTION] « concernant précisément des gens qui

had contended at the ID hearing that the actions of INSA were “contrary to Canada’s interests”.)

[26] The ID articulated the second reason for finding that INSA’s acts of espionage were contrary to Canada’s interests as follows [at paragraph 34]:

...These individuals were members of a media organization that is active in many countries, including Canada. The fundamental freedoms [of] opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication are a cornerstone of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As such, I am satisfied that the acts of espionage engaged in by the INSA against members of ESAT are contrary to Canada’s interests.

[27] The ID derived this understanding of what it means to be contrary to Canada’s interests in part from *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559. Counsel for the Minister had not advanced this as a basis for engaging paragraph 34(1)(a) of the IRPA but it is developed in the officer’s case review.

[28] The ID therefore found that the applicant, having been a member of INSA, an organization that engages, has engaged or will engage in an act of espionage that is against Canada or that is contrary to Canada’s interests, as provided for in paragraph 34(1)(a) of the IRPA, is inadmissible to Canada.

#### IV. STANDARD OF REVIEW

[29] The parties agree, as do I, that the ID’s decision—including its determination on the central question of statutory interpretation—should be reviewed on a reasonableness standard.

[30] Under *Canada (Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 44 D.L.R. (4th) 1, reasonableness is now the presumptive standard of review, subject to

sont nos alliés et qui vivent dans ces pays ». C’est le seul critère sur lequel s’est appuyé le ministre pour affirmer, lors de l’audience devant la Section de l’immigration, que les actions de l’INSA étaient « contraire[s] aux intérêts du Canada ».)

[26] Voici la façon dont la Section de l’immigration a énoncé la deuxième raison pour laquelle elle a conclu que les actes d’espionnage commis par l’INSA étaient contraires aux intérêts du Canada [au paragraphe 34] :

[...] Ces personnes étaient membres d’une entreprise médiatique qui est active dans de nombreux pays, dont le Canada. Les libertés fondamentales d’opinion et d’expression, y compris la liberté de la presse et d’autres moyens de communication, constituent l’une des pierres angulaires de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ainsi, je suis convaincue que les actes d’espionnage auxquels s’est livrée l’INSA contre des membres de l’ESAT sont contraires aux intérêts du Canada.

[27] L’idée que la Section de l’immigration s’est faite de ce qui est contraire aux intérêts du Canada découle en partie de l’arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559. L’avocat du ministre ne s’en était pas servi pour déclencher l’application de l’alinéa 34(1)a) de la LIPR, mais il en est question dans l’examen du cas préparé par l’agent.

[28] La Section de l’immigration a donc conclu que le demandeur, puisqu’il a été membre de l’INSA, une organisation qui a été, est ou sera l’auteur d’un acte d’espionnage dirigé contre le Canada ou contraire aux intérêts du Canada, de la manière prévue à l’alinéa 34(1)a) de la LIPR, est interdit de territoire au Canada.

#### IV. NORME DE CONTRÔLE

[29] Je conviens avec les parties que la décision de la Section de l’immigration — y compris sa conclusion quant à la question centrale de l’interprétation législative — devrait être examinée selon la norme de la décision raisonnable.

[30] Conformément à l’arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, la norme de la décision raisonnable est désormais la norme de contrôle

specific exceptions “only where required by a clear indication of legislative intent or by the rule of law” (at paragraph 10). In my view, there is no basis for derogating from the presumption that reasonableness is the applicable standard of review here.

[31] I note that my colleague Justice Brown recently came to the same conclusion in *Crenna v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 491, at paragraphs 62–65. This is another case turning on the interpretation of paragraph 34(1)(a) of the IRPA (in that case, by the Immigration Appeal Division). For the sake of completeness, I also note that this standard of review with respect to determinations under subsection 34(1) of the IRPA was well established pre-*Vavilov*: see *Okomaniuk v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 473, 432 F.T.R. 143, at paragraph 19, and *Hadian v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1182, 47 Imm. L.R. (4th) 313, at paragraph 15.

[32] Reasonableness review “aims to give effect to the legislature’s intent to leave certain decisions with an administrative body while fulfilling the constitutional role of judicial review to ensure that exercises of state power are subject to the rule of law” (*Vavilov*, at paragraph 82).

[33] The exercise of public power “must be justified, intelligible and transparent, not in the abstract but to the individuals subject to it” (*Vavilov*, at paragraph 95). Consequently, an administrative decision maker has a responsibility “to justify to the affected party, in a manner that is transparent and intelligible, the basis on which it arrived at a particular conclusion” (*Vavilov*, at paragraph 96).

[34] A reasonable decision “is one that is based on an internally coherent and rational chain of analysis and that is justified in relation to the facts and law that constrain the decision maker” (*Vavilov*, at paragraph 85). While deferential review has never meant “blind reverence” for or “blind submission” to statutory decision makers (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 48; *Lake v. Canada (Minister*

présumée, à l’exception de cas précis « lorsqu’une indication claire de l’intention du législateur ou la primauté du droit l’exige » (au paragraphe 10). À mon avis, il n’y a pas lieu de déroger à la présomption selon laquelle la norme de la décision raisonnable est la norme applicable en l’espèce.

[31] Je note que mon collègue le juge Brown a récemment tiré la même conclusion dans la décision *Crenna c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 491, aux paragraphes 62 à 65. Il s’agit d’un autre dossier reposant sur l’interprétation de l’alinéa 34(1)a) de la LIPR (dans ce cas-là, par la Section d’appel de l’immigration). Par souci d’exhaustivité, je note également que cette norme de contrôle relativement aux décisions rendues en vertu du paragraphe 34(1) de la LIPR était bien établie avant l’arrêt *Vavilov* : voir les décisions *Okomaniuk c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 473, au paragraphe 19, et *Hadian c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1182, au paragraphe 15.

[32] Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable « vise à donner effet à l’intention du législateur de confier certaines décisions à un organisme administratif, tout en exerçant la fonction constitutionnelle du contrôle judiciaire qui vise à s’assurer que l’exercice du pouvoir étatique est assujéti à la primauté du droit » (*Vavilov*, au paragraphe 82).

[33] L’exercice de tout pouvoir public « doit être justifié, intelligible et transparent non pas dans l’abstrait, mais pour l’individu qui en fait l’objet » (*Vavilov*, au paragraphe 95). Par conséquent, un décideur administratif a l’obligation « de justifier, de manière transparente et intelligible pour la personne visée, le fondement pour lequel il est parvenu à une conclusion donnée » (*Vavilov*, au paragraphe 96).

[34] Une décision raisonnable « doit être fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle et est justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles le décideur est assujéti » (*Vavilov*, au paragraphe 85). Même si la retenue n’a jamais signifié qu’il fallait « respecter aveuglément » les décideurs désignés par la loi ni manifester une « adhésion aveugle » à ce qu’ils énoncent (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*,

of Justice), 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761, at paragraph 41), “in *Vavilov* the Court re-emphasized that judicial review considers not only the outcome, but also the justification for the result (where reasons are required)” (*Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers*, 2019 SCC 67, 44 D.L.R. (4th) 269, at paragraph 29). An assessment of the reasonableness of the decision must be sensitive and respectful yet robust (*Vavilov*, at paragraphs 12–13). The reasonableness standard is meant to ensure that “courts intervene in administrative matters only where it is truly necessary to do so in order to safeguard the legality, rationality and fairness of the administrative process” (*Vavilov*, at paragraph 13).

[35] Where, as in the present case, reasons have been given, the inquiry into the reasonableness of the decision must begin there. The focus “must be on the decision actually made by the decision maker, including both the decision maker’s reasoning process and the outcome” (*Vavilov*, at paragraph 83). A reviewing court must conduct its inquiry into the reasonableness of the decision “by examining the reasons provided with respectful attention and seeking to understand the reasoning process followed by the decision maker to arrive at its conclusion” (*Vavilov*, at paragraph 84, internal quotation marks deleted). The reasons must be read in light of the record as a whole and with due sensitivity to the administrative setting in which they were given (*Vavilov*, at paragraphs 91–94). They deserve “close attention” and must be read “holistically and contextually, for the very purpose of understanding the basis on which a decision was made” (*Vavilov*, at paragraph 97).

[36] This approach must also be followed when reasonableness is the applicable standard of review on a question of statutory interpretation (*Vavilov*, at paragraph 116). The reviewing court does not undertake a *de novo* analysis of the question or ask itself what the correct answer is (*Vavilov*, at paragraph 116). Instead, “just as it does when applying the reasonableness standard in reviewing questions of fact, discretion or policy,

2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 48; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, au paragraphe 41), « la Cour dans l’arrêt *Vavilov* souligne une fois de plus que le contrôle judiciaire concerne non seulement le résultat, mais aussi la justification du résultat (lorsque des motifs sont requis) » (*Société canadienne des postes c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes*, 2019 CSC 67, au paragraphe 29). L’évaluation du caractère raisonnable de la décision doit comporter une évaluation sensible et respectueuse, mais aussi rigoureuse (*Vavilov*, aux paragraphes 12 et 13). La norme de la décision raisonnable vise à faire en sorte que « les cours de justice interviennent dans les affaires administratives uniquement lorsque cela est vraiment nécessaire pour préserver la légitimité, la rationalité et l’équité du processus administratif » (*Vavilov*, au paragraphe 13).

[35] Lorsque, comme en l’espèce, des motifs ont été fournis, l’analyse du caractère raisonnable de la décision doit commencer là. Le contrôle « doit s’intéresser à la décision effectivement rendue par le décideur, notamment au raisonnement suivi et au résultat de la décision » (*Vavilov*, au paragraphe 83). Pour mener son analyse du caractère raisonnable d’une décision, une cour de révision doit « examiner les motifs donnés avec une attention respectueuse, et chercher à comprendre le fil du raisonnement suivi par le décideur pour en arriver à sa conclusion » (*Vavilov*, au paragraphe 84, guillemets internes omis). Les motifs doivent être interprétés eu égard au dossier dans son ensemble et en tenant dûment compte du régime administratif dans lequel ils sont donnés (*Vavilov*, aux paragraphes 91 à 94). Ils méritent une « attention particulière » et doivent être interprétés « de façon globale et contextuelle [afin] justement de comprendre le fondement sur lequel repose la décision » (*Vavilov*, au paragraphe 97).

[36] Il faut également suivre cette approche lorsqu’une question d’interprétation législative fait l’objet d’un contrôle selon la norme de la décision raisonnable (*Vavilov*, au paragraphe 116). La cour de révision ne procède pas à une analyse *de novo* de la question soulevée ni ne se demande ce que devrait être la décision correcte (*Vavilov*, au paragraphe 116). « Tout comme lorsqu’elle applique la norme de la décision raisonnable

the court must examine the administrative decision as a whole, including the reasons provided by the decision maker and the outcome that was reached” (*Vavilov*, at paragraph 116).

[37] The “modern principle” of statutory interpretation is that the words of a statute must 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” (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, at paragraph 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraph 26, both quoting E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at page 87). Legislative intent “can be understood only by reading the language chosen by the legislature in light of the purpose of the provision and the entire relevant context” (*Vavilov*, at paragraph 118). While an interpretative exercise conducted by an administrative decision maker may look quite different from that of a court, both must apply the modern principle when interpreting statutory provisions (*Vavilov*, at paragraph 119). Thus, the administrative decision maker’s task “is to interpret the contested provision in a manner that is consistent with the text, context and purpose, applying its particular insight into the statutory scheme at issue” (*Vavilov*, at paragraph 121).

[38] It can happen that an administrative decision maker, in interpreting a statutory provision, fails entirely to consider a pertinent aspect of its text, context or purpose. Not every such omission will be fatal to the reasonableness of the interpretation the decision maker adopted. If, however, “it is clear that the administrative decision maker may well, had it considered a key element of a statutory provision’s text, context or purpose, have arrived at a different result, its failure to consider that element would be indefensible, and unreasonable in the circumstances” (*Vavilov*, at paragraph 122). The critical question is “whether the omitted aspect of the analysis causes the reviewing court to lose confidence in the outcome reached by the decision maker” (*Vavilov*, at paragraph 122).

dans l’examen de questions de fait ou de questions concernant un pouvoir discrétionnaire ou des politiques, la cour de justice doit plutôt examiner la décision administrative dans son ensemble, y compris les motifs fournis par le décideur et le résultat obtenu » (*Vavilov*, au paragraphe 116).

[37] Le « principe moderne » en matière d’interprétation des lois est 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 » (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 26, citant l’un et l’autre l’ouvrage *Construction of Statutes* d’Elmer Driedger (2<sup>e</sup> éd. 1983), à la page 87). C’est « uniquement à partir du texte de loi, de l’objet de la disposition législative et du contexte dans son ensemble qu’il est possible de saisir l’intention du législateur » (*Vavilov*, au paragraphe 118). Même si l’interprétation à laquelle se livre un décideur administratif peut sembler bien différente de celle effectuée par une cour de justice, les deux doivent appliquer le principe moderne pour interpréter des dispositions législatives (*Vavilov*, au paragraphe 119). Ainsi, la tâche du décideur administratif « est d’interpréter la disposition contestée d’une manière qui cadre avec le texte, le contexte et l’objet, compte tenu de sa compréhension particulière du régime législatif en cause » (*Vavilov*, au paragraphe 121).

[38] Il se peut qu’au moment d’interpréter une disposition législative, le décideur administratif ne tienne aucunement compte d’un aspect pertinent de son texte, de son contexte ou de son objet. Une telle omission ne sera pas nécessairement fatale au caractère raisonnable de l’interprétation faite par le décideur. Toutefois, « s’il est manifeste que le décideur administratif aurait pu fort bien arriver à un résultat différent s’il avait pris en compte un élément clé du texte, du contexte ou de l’objet d’une disposition législative, le défaut de tenir compte de cet élément pourrait alors être indéfendable et déraisonnable dans les circonstances » (*Vavilov*, au paragraphe 122). Il s’agit principalement de « savoir si l’aspect omis de l’analyse amène la cour de révision à perdre confiance dans le résultat auquel est arrivé le décideur » (*Vavilov*, au paragraphe 122).

## V. ANALYSIS

[39] The applicant is alleged to be inadmissible to Canada under paragraph 34(1)(f) of the IRPA for having been a member of an organization—namely, INSA—for which there are reasonable grounds to believe it has engaged in espionage within the meaning of paragraph 34(1)(a) of the IRPA. As noted, it is the ID’s understanding of the latter provision that is the determinative issue in this application.

[40] Paragraph 34(1)(a) of the IRPA provides as follows:

**Security**

**34 (1)** A permanent resident or a foreign national is inadmissible on security grounds for

(a) engaging in an act of espionage that is against Canada or that is contrary to Canada’s interests.

[41] For ease of expression, and since the specific acts of espionage relied on by the Minister occurred in the past, I will generally frame the discussion that follows in the past tense. This is on the understanding that the application of grounds of inadmissibility is not so limited: see section 33 of the IRPA.

[42] The text of paragraph 34(1)(a) stipulates two requirements for inadmissibility under that provision: (1) that the party in question engaged in an act of espionage; and (2) that this act of espionage was “against Canada” or was “contrary to Canada’s interests.” Since the applicant’s alleged inadmissibility was based on membership under paragraph 34(1)(f), the party in question is, of course, INSA. As I have already noted, the applicant does not challenge the ID’s finding that INSA’s acts in issue constitute “espionage” for purposes of paragraph 34(1)(a). Since there is no suggestion that these acts were directed “against Canada,” the determinative issue is the ID’s understanding of what it means for an act of espionage to be “contrary to Canada’s interests.”

## V. ANALYSE

[39] Le demandeur est présenté comme étant interdit de territoire au Canada en application de l’alinéa 34(1)f) de la LIPR parce qu’il a été membre d’une organisation — l’INSA — dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle a été l’auteur d’actes d’espionnage au sens de l’alinéa 34(1)a) de la LIPR. Comme je l’ai fait remarquer, la question déterminante dans la présente demande est le sens que la Section de l’immigration a donné à l’alinéa 34(1)a).

[40] L’alinéa 34(1)a) de la LIPR est ainsi libellé :

**Sécurité**

**34 (1)** Emportent interdiction de territoire pour raison de sécurité les faits suivants :

a) être l’auteur de tout acte d’espionnage dirigé contre le Canada ou contraire aux intérêts du Canada;

[41] Pour faciliter la lecture de l’analyse qui suit et puisque les actes d’espionnage précis sur lesquels s’appuie le ministre se sont produits dans le passé, je m’exprimerai généralement au passé, étant entendu que l’application des motifs d’interdiction de territoire ne s’en trouve pas limitée : voir l’article 33 de la LIPR.

[42] Pour établir l’interdiction de territoire en application de l’alinéa 34(1)a), ce dernier prévoit deux exigences : 1) la partie concernée a été l’auteur d’un acte d’espionnage; et 2) cet acte d’espionnage était « dirigé contre le Canada » ou était « contraire aux intérêts du Canada ». Étant donné que la prétendue interdiction de territoire du demandeur reposait sur l’appartenance à une organisation aux termes de l’alinéa 34(1)f), la partie en question est, bien entendu, l’INSA. Comme je l’ai déjà mentionné, le demandeur ne conteste pas la conclusion de la Section de l’immigration quant au fait que les actes en cause commis par l’INSA constituent de l’« espionnage » pour l’application de l’alinéa 34(1)a). Puisque rien n’indique que ces actes étaient « dirigé[s] contre le Canada », la question déterminante est la compréhension par la Section de l’immigration de ce qu’est un acte d’espionnage « contraire aux intérêts du Canada ».

[43] Having regard to the text, context, and purpose of paragraph 34(1)(f) of the IRPA, in my view the ID's decision is unreasonable in the following three respects.

[44] First, the ID fails entirely to consider the history and purpose of the provision. That history demonstrates that it was introduced to constrain determinations of inadmissibility on grounds of having engaged in acts of espionage.

[45] The current paragraph 34(1)(a) came into force on June 19, 2013 [S.C. 2013, c. 16, s. 13]. The version it replaced read as follows:

**Security**

**34 (1)** A permanent resident or a foreign national is inadmissible on security grounds for

(a) engaging in an act of espionage or an act of subversion against a democratic government, institution or process as they are understood in Canada.

[46] With the amendment, engaging in acts of espionage and engaging in acts of subversion became distinct grounds of inadmissibility. (Acts of subversion are now dealt with under paragraph 34(1)(b).) As well, where previously both had to be directed against "a democratic government, institution or process as they are understood in Canada", now they are constrained by different requirements. An act of espionage must be directed against Canada or be contrary to Canada's interests. An act of subversion, on the other hand, can make one inadmissible if it is directed against "any government". A comparison of the texts of the current provisions with those they replaced demonstrates that while the scope of subversion as a ground of inadmissibility was expanded (it now suffices for the act of subversion to be directed against "any government" when previously it had to be directed against "a democratic government, institution or process as they are understood in Canada"), the scope of espionage as a ground of inadmissibility was narrowed (when previously it was sufficient if the act of espionage was directed against "a democratic government, institution or process as they are understood in Canada", now it must

[43] Compte tenu du texte, du contexte et de l'objet de l'alinéa 34(1)f) de la LIPR, je suis d'avis que la Section de l'immigration a rendu une décision déraisonnable pour les trois raisons suivantes.

[44] Premièrement, la Section de l'immigration ne tient absolument pas compte de l'historique et de l'objectif de la disposition. Cet historique montre que la disposition a été adoptée afin de limiter les décisions d'interdiction de territoire pour des raisons de participation à des actes d'espionnage.

[45] L'alinéa 34(1)a), dans sa version actuelle, est entré en vigueur le 19 juin 2013 [L.C. 2013, ch. 16, art. 13]. Voici le libellé de la version précédente :

**Sécurité**

**34 (1)** Emportent interdiction de territoire pour raison de sécurité les faits suivants :

a) être l'auteur d'actes d'espionnage ou se livrer à la subversion contre toute institution démocratique, au sens où cette expression s'entend au Canada.

[46] La modification a fait en sorte que la participation à des actes d'espionnage et la participation à des actes de subversion sont devenues deux motifs distincts d'interdiction de territoire. (Les actes de subversion font désormais l'objet de l'alinéa 34(1)b).) De plus, alors que ces deux types d'actes devaient auparavant viser « toute institution démocratique, au sens où cette expression s'entend au Canada », ils sont désormais limités par différentes exigences. Un acte d'espionnage doit être dirigé contre le Canada ou être contraire aux intérêts du Canada. Un acte de subversion, en revanche, peut faire en sorte qu'une personne soit interdite de territoire s'il vise « un gouvernement ». Si l'on compare le libellé des dispositions actuelles et celui des dispositions précédentes, on constate qu'alors que la portée de la subversion en tant que motif d'interdiction de territoire a été élargie (il suffit désormais que l'acte de subversion vise « un gouvernement » tandis qu'auparavant, il devait viser « toute institution démocratique, au sens où cette expression s'entend au Canada »), la portée de l'espionnage en tant que motif d'interdiction de territoire a été réduite (alors qu'il suffisait, auparavant, que l'acte d'espionnage vise « toute

be directed against Canada or be “contrary to Canada’s interests”).

[47] These changes to subsection 34(1) of the IRPA were part of Bill C-43 [*Faster Removal of Foreign Criminals Act*]. When the Bill received First Reading on September 24, 2012, the Honourable Jason Kenney (the Minister of Citizenship, Immigration, and Multiculturalism) explained the rationale for the change regarding espionage as follows:

Allow me to review the provisions of the act. First, with respect to facilitating the admission of bona fide visitors and immigrants, the bill seeks to narrow the breadth of the inadmissibility provision for espionage to focus on activities carried out against Canada or that are contrary to the interests of Canada.

Quite frankly, this has the effect of covering those who may have been involved in espionage for close democratic allies of Canada and who may in fact have been gathering intelligence on behalf of Canada against common security threats. We believe that the wording in the Immigration and Refugee Protection Act is unnecessarily broad and that we ought to focus the inadmissibility provision with respect to espionage on those who have been engaged in spying contrary to the interests of Canada.

Canada, Parliament, *House of Commons Debates*, 41st Parl., 1st Sess., Vol. 146, No. 151 (24 September 2012), at page 10327 (emphasis added).

[48] Given the concern that the former wording of paragraph 34(1)(a) was too wide because it could capture the activities of “those who may have been involved in espionage for close democratic allies of Canada and who may in fact have been gathering intelligence on behalf of Canada against common security threats”, it is noteworthy that a report prepared by Reporters Without Borders entitled *Enemies of the Internet 2014*, which the Minister provided to the ID, states the following about the activities of the National Security Agency (NSA) in the United States and the Government Communications Headquarters (GCHQ) in the United Kingdom:

institution démocratique, au sens où cette expression s’entend au Canada », il doit désormais viser le Canada ou être « contraire aux intérêts du Canada »).

[47] Ces modifications du paragraphe 34(1) de la LIPR faisaient partie du projet de loi C-43 [*Loi accélérant le renvoi de criminels étrangers*]. Lorsque le projet de loi a été lu pour la première fois le 24 septembre 2012, l’honorable Jason Kenney (ministre de la Citoyenneté, de l’Immigration et du Multiculturalisme) a justifié ainsi la modification apportée relativement à l’espionnage :

Permettez-moi de passer en revue les dispositions de la loi. Tout d’abord, pour ce qui est de faciliter l’entrée aux visiteurs et immigrants légitimes, la mesure cherche à restreindre la portée de la disposition relative à l’interdiction de territoire pour motif d’espionnage pour viser essentiellement les actes d’espionnage contre le Canada ou ses intérêts.

Ce changement ferait en sorte de protéger les personnes qui se livrent à l’espionnage pour le compte de proches alliés démocratiques du Canada et qui recueillent peut-être en fait des renseignements au nom de notre pays concernant des menaces communes à la sécurité. Nous estimons que le libellé actuel de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés est inutilement vague et que l’interdiction de territoire associée à l’espionnage devrait s’appliquer aux personnes qui commettent des actes d’espionnage qui sont contraires aux intérêts du Canada.

Canada, Parlement, *Débats de la Chambre des communes*, 41<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., vol. 146, n<sup>o</sup> 151 (24 septembre 2012), à la page 10327 (non souligné dans l’original).

[48] Vu les inquiétudes quant au fait que l’ancien libellé de l’alinéa 34(1)a avait une trop grande portée parce qu’il pouvait englober les activités des « personnes qui se livrent à l’espionnage pour le compte de proches alliés démocratiques du Canada et qui recueillent peut-être en fait des renseignements au nom de notre pays concernant des menaces communes à la sécurité », il convient de mentionner l’édition 2014 du rapport *Ennemis d’Internet* préparé par Reporters sans frontières. Dans ce rapport, que le ministre a fourni à la Section de l’immigration, on peut lire ce qui suit à propos des activités de la National Security Agency (NSA), aux États-Unis, et du Government Communications Headquarters (GCHQ), au Royaume-Uni :



The NSA and GCHQ have spied on the communications of millions of citizens including many journalists. They have knowingly introduced security flaws into devices and software used to transmit requests on the Internet. And they have hacked into the very heart of the Internet using programmes such as the NSA’s Quantam [*sic*] Insert and GCHQ’s Tempora. The Internet was a collective resource that the NSA and GCHQ turned into a weapon in the service of special interests, in the process flouting freedom of information, freedom of expression and the right to privacy.

[49] The report goes on to include the NSA, GCHQ and INSA on the same list of “security agencies that have gone far beyond their core duties by censoring or spying on journalists and other information providers”.

[50] On the ID’s understanding of the scope of paragraph 34(1)(a), the provision would appear to capture all of these activities—not only those engaged in by INSA but also those engaged in by the NSA or GCHQ. As a result, anyone who worked for any of these organizations (including the latter two, with which Canada cooperates closely on matters of national security) would be inadmissible for having engaged in espionage contrary to Canada’s interests. The ID never considers whether its expansive interpretation of paragraph 34(1)(a) is consistent with Parliament’s intent to narrow the scope of this ground of inadmissibility. This omission causes me to lose confidence in the outcome reached by the ID.

[51] Second, the ID’s analysis rests on an equivocal use of the term “Canada’s interests”. The ID treats “Canada’s interests” as equivalent to “things Canada is interested in” without considering that there must be some actual nexus to Canada for paragraph 34(1)(a) to be engaged.

[52] For example, the ID states [at paragraph 34] that “fundamental freedoms [of] opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication are a cornerstone of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.” This is indisputable. However,

La NSA et le GCHQ ont espionné les communications de plusieurs millions de citoyens, dont de nombreux journalistes, introduit sciemment des failles de sécurité dans les matériels servant à acheminer les requêtes sur Internet et piraté le cœur même du réseau dans le cadre des programmes Quantum Insert pour la NSA et Tempora pour le GCHQ. Internet était un bien commun, la NSA et le GCHQ en ont fait une arme au service d’intérêts particuliers, bafouant au passage la liberté d’information, la liberté d’expression et le droit à la vie privée.

[49] Le rapport inclut également la NSA, le GCHQ et l’INSA parmi les « agences de protection du territoire qui ont largement outrepassé leur mission originelle pour espionner ou censurer les acteurs de l’information ».

[50] D’après ce que la Section de l’immigration comprend de la portée de l’alinéa 34(1)a, cette disposition tiendrait compte de toutes ces activités — non seulement celles menées par l’INSA, mais également celles de la NSA ou du GCHQ. Par conséquent, toute personne ayant travaillé pour l’une de ces organisations (y compris les deux dernières, avec lesquelles le Canada coopère étroitement sur des questions de sécurité nationale) serait interdite de territoire en raison de sa participation à des activités d’espionnage contraires aux intérêts du Canada. La Section de l’immigration n’étudie nullement la question de savoir si son interprétation large de l’alinéa 34(1)a cadre avec l’intention du législateur de réduire la portée de ce motif d’interdiction de territoire. Cette lacune m’amène à perdre confiance dans la décision rendue par la Section de l’immigration.

[51] Deuxièmement, l’analyse de la Section de l’immigration repose sur une utilisation équivoque de l’expression « intérêts du Canada ». La Section de l’immigration considère que les « intérêts du Canada » sont équivalents à [TRADUCTION] « ce qui intéresse le Canada », en omettant le fait qu’il doit exister un lien réel avec le Canada pour déclencher l’application de l’alinéa 34(1)a.

[52] La Section de l’immigration affirme [au paragraphe 34] par exemple que les « libertés fondamentales d’opinion et d’expression, y compris la liberté de la presse et d’autres moyens de communication, constituent l’une des pierres angulaires de la *Charte canadienne des*

the ID fails to explain how this is relevant to the actions of INSA.

[53] The Charter neither applies to INSA nor does it protect the journalists INSA targeted in 2013 and 2014. The ID does observe [at paragraph 33] that ESAT is “active in Canada” but makes no findings concerning any impact INSA’s actions may have had on these activities. Without at least some explanation of how those activities were affected, if at all, by INSA’s targeting of individuals in other countries, this is too tenuous a basis to reasonably support a finding that INSA’s actions were contrary to Canada’s interests.

[54] The Charter firmly entrenches “freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication” [paragraph 2(b)] in Canada (although even these fundamental freedoms are subject to “such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society” [section 1]). Undoubtedly, Canada is “interested in” freedom of opinion and freedom of expression (including freedom of the press) not only domestically but also internationally in the sense of being “concerned about” or “committed to promoting and protecting” these freedoms everywhere. As well, its position on such matters internationally is presumably shaped, at least in part, by the values that underlie the Charter and the democratic principles and practices to which Canada is committed. But even if all this is the case, an attempt by a party that is not subject to the Charter to limit the exercise of these freedoms by individuals who are outside Canada and who have no other connection to Canada cannot reasonably be said to be “contrary to Canada’s interests” in the sense intended by paragraph 34(1)(a) of the IRPA. Put another way, the actions of INSA may very well be contrary to Canada’s values but this alone does not entail that they are also contrary to Canada’s interests in a way that engages paragraph 34(1)(a) of the IRPA. It was unreasonable for the ID to conclude otherwise.

*droits et libertés* ». C’est indiscutable. Cependant, la Section de l’immigration n’explique pas en quoi cela est pertinent aux actions de l’INSA.

[53] La Charte ne s’applique pas à l’INSA et ne protège pas les journalistes ciblés par l’INSA en 2013 et en 2014. La Section de l’immigration souligne qu’ESAT « exerce des activités au Canada », mais ne tire aucune conclusion quant aux répercussions éventuelles des actions de l’INSA sur ces activités. S’il n’y a pas au moins quelques explications quant aux répercussions, sur ces activités, du ciblage que l’INSA a mené sur des particuliers dans d’autres pays (en supposant qu’il y ait eu des répercussions), il ne s’agit pas d’une base assez solide pour étayer raisonnablement une conclusion selon laquelle les actions de l’INSA étaient contraires aux intérêts du Canada.

[54] La Charte établit fermement la « liberté de pensée, de croyance, d’opinion et d’expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication » au Canada (malgré l’assujettissement de ces libertés fondamentales à « des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique »). Il ne fait aucun doute que le Canada « s’intéresse » à la liberté d’opinion et à la liberté d’expression (y compris la liberté de la presse) à l’intérieur de ses propres frontières, mais également dans le reste du monde, dans le sens où il « est préoccupé » par ces libertés partout ou est “déterminé à les promouvoir et à les protéger ». De plus, sa position sur ces questions à l’échelle internationale s’explique sans doute, du moins en partie, par les valeurs qui sous-tendent la Charte ainsi que par les principes et usages démocratiques que le Canada s’engage à respecter. Cependant, même si tout cela est vrai, le fait qu’une partie qui n’est pas assujettie à la Charte tente de restreindre l’exercice de ces libertés par des personnes qui ne se trouvent pas au Canada et qui n’ont aucun autre lien avec le Canada ne peut raisonnablement être qualifié de « contraire aux intérêts du Canada » dans le sens prévu par l’alinéa 34(1)a) de la LIPR. Autrement dit, il se peut fort bien que les actions de l’INSA soient contraires aux valeurs du Canada, mais cela ne suffit pas pour supposer qu’elles sont également contraires aux intérêts du Canada de sorte à déclencher l’application de l’alinéa 34(1)a) de la LIPR. Il était déraisonnable

[55] The ID’s failure to consider the need for a nexus to Canada for paragraph 34(1)(a) to be engaged also led it to rely erroneously on *Agraira*.

[56] The member writes [at paragraph 29]:

While the case before me deals with inadmissibility pursuant to paragraph 34(1)(a) of the IRPA, rather than the relief provisions set forth in paragraph 42.1, I find that the principles set out by the Supreme Court of Canada (SCC) in *Agraira* [footnote omitted] with regard to the meaning of the expression “contrary to the national interest” are helpful in defining “Canada’s interests” for the purpose of assessing inadmissibility under paragraph 34(1)(a).

[57] The member then quotes at length from paragraph 65 of *Agraira*, including the following:

There is no dispute between the parties that the term “national interest” refers to matters which are of concern to Canada and to Canadians. There is no doubt that public safety and national security are matters which are of concern to Canada and to Canadians. It is equally clear, however, that more than just public safety and national security are of concern to Canada and to Canadians. For example, the plain meaning of the term “national interest” would also include the preservation of the values that underlie the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the democratic character of the Canadian federation, and in particular the protection of the equal rights of every person to whom its laws and its Constitution apply. The plain words of the provision therefore favour a broader reading of the term “national interest” than the one suggested by the respondent and by the Federal Court of Appeal, which would limit its meaning to the protection of public safety and national security.

[58] As noted, the member considered this “helpful” in defining “Canada’s interests” for the purpose of assessing inadmissibility under paragraph 34(1)(a). Even if one sets aside the question of whether it is appropriate to interpret a test serving one purpose—namely, to determine inadmissibility—by using another test that serves an entirely different purpose—namely, whether to

pour la Section de l’immigration de tirer une conclusion différente.

[55] Le fait que la Section de l’immigration n’ait pas tenu compte de la nécessité d’un lien avec le Canada pour l’application de l’alinéa 34(1)a) l’a également amenée à s’appuyer à tort sur l’arrêt *Agraira*.

[56] Voici ce qu’a écrit la commissaire de la Section de l’immigration [au paragraphe 29] :

Même si l’affaire dont je suis saisie concerne l’interdiction de territoire au titre de l’alinéa 34(1)a) de la LIPR et non les dispositions d’allègement énoncées à l’article 42.1, je conclus que les principes énoncés par la Cour suprême du Canada (CSC) dans l’arrêt *Agraira* [renvoi omis] quant au sens de l’expression « contraire à l’intérêt national » sont utiles pour définir les « intérêts du Canada » afin de décider si une personne est interdite de territoire en application de l’alinéa 34(1)a).

[57] Ensuite, la commissaire cite une bonne partie du paragraphe 65 de l’arrêt *Agraira* :

Les parties ne contestent pas que l’expression « intérêt national » renvoie à des questions qui intéressent le Canada et les Canadiens. La sécurité publique et la sécurité nationale comptent sans aucun doute parmi ces questions. Il est également évident, toutefois, que les préoccupations du Canada et des Canadiens ne se limitent pas à la sécurité publique et à la sécurité nationale. Par exemple, le sens ordinaire de l’expression « intérêt national » comprend aussi la préservation des valeurs sous-jacentes à la *Charte canadienne des droits et libertés* et au caractère démocratique de la fédération canadienne, et en particulier la protection et l’égalité des droits de toute personne assujettie à ses lois et à sa Constitution. Le libellé explicite de la disposition milite donc en faveur d’une interprétation plus large de l’expression « intérêt national » que celle adoptée par l’intimé et par la Cour d’appel fédérale, qui limiterait la portée de cette expression à la protection de la sécurité publique et de la sécurité nationale.

[58] Comme je l’ai noté, la commissaire l’a jugé [TRANSDUCTION] « utile » pour définir [TRANSDUCTION] « les intérêts du Canada » afin de prendre une décision quant à l’interdiction de territoire en application de l’alinéa 34(1)a). Même si l’on met de côté la question de savoir s’il y a lieu d’interpréter un critère ayant un objectif — c’est-à-dire décider si une personne est interdite

exempt someone from a ground of inadmissibility—the ID’s reliance on *Agraira* is misplaced.

[59] Contrary to what the ID suggests, *Agraira* concerned the interpretation of subsection 34(2) of the IRPA, not section 42.1. Subsection 34(2) was repealed and replaced by section 42.1 as part of Bill C-43. I point this out because there is an instructive difference in the wording of the two provisions.

[60] In simple terms, section 42.1 frames the test for ministerial relief from certain grounds of inadmissibility (including section 34) as whether a foreign national can satisfy the Minister that it is “not contrary to the national interest” to declare that the foreign national is not inadmissible for that reason.

[61] Subsection 34(2), on the other hand, was framed with specific reference to the person’s presence in Canada. It stated:

**34 ...**

**Exception**

(2) The matters referred to in subsection (1) do not constitute inadmissibility in respect of a permanent resident or a foreign national who satisfies the Minister that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest.

[62] The two provisions arguably raise the same question—section 42.1 more abstractly, subsection 34(2) more concretely—because, other things being equal, for a person to be not inadmissible is for that person to be permitted to be present in Canada. It is against the backdrop of this nexus to Canada—in the plain wording of subsection 34(2), through a person’s presence in the country—that one must understand the Court’s reference in *Agraira* to “the values that underlie the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the democratic character of the Canadian federation, and in particular the protection of the equal rights of every person to whom its laws

de territoire — en utilisant un autre critère ayant un objectif totalement différent — c’est-à-dire décider si une personne peut être exemptée en ce qui concerne un motif d’interdiction de territoire —, la Section de l’immigration a eu tort de s’appuyer sur l’arrêt *Agraira*.

[59] Contrairement à ce qu’indique la Section de l’immigration, l’arrêt *Agraira* portait sur l’interprétation du paragraphe 34(2) de la LIPR, et non de l’article 42.1. Le paragraphe 34(2) a été abrogé et remplacé par l’article 42.1 dans le cadre du projet de loi C-43. Je le souligne parce que la formulation des deux dispositions présente une différence révélatrice.

[60] En termes simples, l’article 42.1 formule le critère permettant au ministre d’accorder une dispense concernant certains motifs d’interdiction de territoire (y compris l’article 34), ce critère étant qu’un étranger puisse convaincre le ministre qu’il n’est « pas contraire à l’intérêt national » de déclarer que l’étranger n’est pas interdit de territoire pour ce motif.

[61] Le paragraphe 34(2), en revanche, a été rédigé en faisant précisément référence à la présence de la personne au Canada. Le voici :

**34 [...]**

**Exception**

(2) Ces faits n’emportent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l’étranger qui convainc le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l’intérêt national.

[62] On peut dire que les deux dispositions soulèvent la même question — de façon abstraite dans l’article 42.1 et de façon concrète dans le paragraphe 34(2) — puisque, toutes choses étant égales par ailleurs, si une personne n’est pas interdite de territoire, alors cette personne est autorisée à se trouver au Canada. C’est dans le contexte de ce lien avec le Canada — selon le libellé clair du paragraphe 34(2), par la présence d’une personne dans le pays — qu’il faut comprendre la référence qu’a faite la Cour suprême, dans l’arrêt *Agraira*, aux « valeurs sous-jacentes à la *Charte canadienne des droits et libertés* et au caractère démocratique de la fédération

and its Constitution apply” (at paragraph 65). Doing so demonstrates that the Supreme Court of Canada did not make the elementary error of giving Canadian law in general, or the Charter in particular, extraterritorial effect: see *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, (1996), 135 D.L.R. (4th) 214, at paragraphs 14–20, and *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at paragraphs 48–49. On the other hand, it is much less clear that the ID did not make this error (even ignoring the fact that the Charter does not apply to INSA in any event).

[63] In my view, the ID’s reliance on *Agraira* in the present case is simply question-begging given the absence of any nexus between INSA’s espionage activities and Canada. In contrast, an example of such a nexus may be found in *Karaboneye v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2014 CanLII 99224 (I.R.B.), another decision of the ID.

[64] The ID member does not mention *Karaboneye* in her reasons but it is discussed at some length in the officer’s case review as providing support for the conclusion that the applicant is inadmissible under paragraph 34(1)(a) (although the officer refers to it incorrectly as a decision of this Court). A copy of the decision was also included in the Minister’s brief of documents.

[65] Ms. Karaboneye was found inadmissible to Canada for having engaged in an act of espionage that was contrary to Canada’s interests. She was a national of Rwanda who had come to Canada to study. The particular act of espionage on which the finding of inadmissibility was based was gathering information in Canada on behalf of the Rwandan Patriotic Front regarding another Rwandan woman who was a student at Laval University in Quebec City. Obviously, there is no such nexus to Canada in the present case. Notably, in *Karaboneye*, the ID relied expressly on paragraph 65 of *Agraira* in determining that the act of espionage in issue there was contrary to Canada’s interests. This makes sense given that

canadienne, et en particulier la protection et l’égalité des droits de toute personne assujettie à ses lois et à sa Constitution » (au paragraphe 65). Cette référence montre que la Cour suprême du Canada n’a pas commis l’erreur élémentaire de donner un effet extraterritorial au droit canadien en général ni à la Charte en particulier : voir les arrêts *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207, aux paragraphes 14 à 20, et *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, aux paragraphes 48 et 49. Il est par contre nettement moins clair que la Section de l’immigration n’a pas commis cette erreur (même en ne tenant pas compte du fait que la Charte ne s’applique aucunement à l’INSA).

[63] À mon avis, le fait que la Section de l’immigration se soit appuyée sur l’arrêt *Agraira* en l’espèce suscite des questions puisqu’il n’existe aucun lien entre les activités d’espionnage de l’INSA et le Canada. En revanche, on trouve un exemple de ce type de lien dans une autre décision de la Section de l’immigration, à savoir *Karaboneye c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2014 CanLII 99224 (C.I.S.R.).

[64] La commissaire de la Section de l’immigration n’évoque pas la décision *Karaboneye* dans ses motifs, mais il en est longuement question dans l’examen du cas préparé par l’agent, où cette décision est citée pour appuyer la conclusion selon laquelle le demandeur est interdit de territoire en application de l’alinéa 34(1)a) (bien que l’agent se trompe en affirmant qu’il s’agit d’une décision de notre Cour). Le recueil de documents du ministre contenait également une copie de la décision.

[65] M<sup>me</sup> Karaboneye a été déclarée interdite de territoire au Canada pour avoir commis un acte d’espionnage contraire aux intérêts du Canada. Elle était ressortissante rwandaise et était venue au Canada pour étudier. L’acte d’espionnage précis sur lequel reposait la conclusion d’interdiction de territoire était la collecte de renseignements au Canada, pour le compte du Front patriotique rwandais, au sujet d’une autre Rwandaise qui étudiait à l’Université Laval, à Québec. De toute évidence, il est impossible d’établir un tel lien avec le Canada en l’espèce. Dans la décision *Karaboneye*, la Section de l’immigration s’est notamment appuyée expressément sur le paragraphe 65 de l’arrêt *Agraira* pour décider que

the woman on whom Ms. Karaboneye was spying was entitled to the protections of Canadian law while she was in Canada. Even if *Agraira* could be instructive in the circumstances of that case, the circumstances of the present case are entirely different.

[66] Finally in this regard, the Citizenship and Immigration Canada (CIC) Operational Manual ENF 2/OP 18—Evaluating Inadmissibility, states the following:

Espionage “against Canada” means espionage activities conducted by a foreign state or organization in Canada and/or abroad against any Canadian public or private sector entity on behalf of a foreign government. It may also include activities of a foreign non-state organization against the Government of Canada, but does not include acts of industrial spying between private entities where no government is involved.

The following is a non-exhaustive list of activities that may constitute espionage that is “contrary to Canada’s interests”:

- Espionage activity committed inside or outside Canada that would have a negative impact on the safety, security or prosperity of Canada. Prosperity of Canada includes but is not limited to the following factors: financial, economic, social, and cultural.
- The espionage activity does not need to be against the state. It could be against Canadian commercial or other private interests.
- The use of Canadian territory to carry out espionage activities may be contrary to Canada’s national security and public safety and therefore contrary to Canada’s interests.
- Espionage activity directed against Canada’s allies may also be contrary to Canada’s interests.

*Note: These guidelines are intended to be dynamic as the concept of what is contrary to Canada’s interests may evolve or change over time.*

[67] The ID notes that the parties both relied on this part of the manual but does not otherwise discuss it.

l’acte d’espionnage en cause était contraire aux intérêts du Canada. C’est logique, puisque la femme que M<sup>me</sup> Karaboneye espionnait avait droit à la protection offerte par les lois canadiennes lorsqu’elle se trouvait au Canada. Bien que l’arrêt *Agraira* ait pu être instructif dans les circonstances de l’affaire *Karaboneye*, les circonstances de l’espèce sont complètement différentes.

[66] Enfin, à ce propos, voici ce qu’indique Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) dans son guide opérationnel ENF 2/OP 18 — Évaluation de l’interdiction de territoire :

L’espionnage « contre le Canada » s’entend des actes d’espionnage menés par une organisation ou un État étranger au Canada et/ou à l’étranger contre toute entité publique ou privée canadienne pour le compte d’un gouvernement étranger. Il peut aussi comprendre les activités d’une organisation non étatique étrangère contre le gouvernement du Canada, mais ne comprend pas les actes d’espionnage industriel entre des entités privées où aucun gouvernement n’est mis en cause.

Voici une liste non exhaustive d’activités pouvant constituer des actes d’espionnage qui sont « contraires aux intérêts du Canada » :

- Actes d’espionnage commis à l’intérieur ou à l’extérieur du Canada qui auraient une incidence négative sur la sûreté, la sécurité ou la prospérité du Canada. La prospérité du Canada comprend, entre autres, les facteurs suivants : financiers, économiques, sociaux et culturels.
- Les actes d’espionnage ne doivent pas nécessairement être contre l’État. Ils peuvent être contre des intérêts commerciaux ou autres intérêts privés canadiens.
- L’utilisation du territoire canadien pour mener des actes d’espionnage peut être contraire à la sécurité nationale et à la sécurité publique du Canada, et donc contraire aux intérêts du Canada.
- Les actes d’espionnage contre des alliés du Canada peuvent aussi être contraires aux intérêts du Canada.

*Remarque : Il s’agit de lignes directrices évolutives puisque la notion d’acte contraire aux intérêts du Canada peut changer au fil du temps.*

[67] La Section de l’immigration fait remarquer que les deux parties se sont appuyées sur ce passage du guide,

I will address the last of the bullet points below. What the ID fails to appreciate with respect to the other three is that they are helpful illustrations of circumstances with a specific nexus to Canada apart from being things in which Canada simply takes an interest. At the very least, these examples should have called for a closer examination by the ID of the expansive view it adopted of what is contrary to Canada's interests. Once again, the failure to do so causes me to lose confidence in the outcome reached by the ID.

[68] Third, the ID fails to explain the nexus between the actions of INSA in question and Canada's national security.

[69] I respectfully adopt the reasoning of my colleague Justice Grammond in *Mason v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 1251, [2020] 2 F.C.R. 3, where he concluded that a nexus with national security is required to bring a matter within the scope of subsection 34(1) of the IRPA. (The specific issue in *Mason* was the scope of paragraph 34(1)(e) of the IRPA.) If anything else is needed to demonstrate this, I would simply note that the Legislative Summary of Bill C-43 produced by the Library of Parliament (Publication No. 41-1-C43E – 30 July 2012/Revised 3 October 2012), describes section 34 of the IRPA as making “a person inadmissible to Canada for reasons of national security” (at page 3). One might have thought this much was obvious given the types of acts listed under subsection 34(1) and given that the provision has always had the heading “Security”.

[70] The sole nexus the ID found to Canada's security was that INSA had “engaged in espionnage against nationals of countries allied to Canada” [at paragraph 34].

[71] I am unable to discern the evidence in the record that establishes that the individuals targeted by INSA in December 2013 or in November and December 2014 were nationals of the United States or Belgium, as opposed to residents of those countries. One newspaper

mais n'aborde pas cette question par ailleurs. J'examinerai ci-dessous le dernier point de la liste qui précède. En ce qui concerne les trois autres points, la Section de l'immigration ne tient pas compte du fait qu'ils illustrent bien les circonstances dans lesquelles il existe, avec le Canada, un lien précis autre qu'un simple intérêt de la part du Canada. Ces exemples auraient au moins dû commander un examen attentif, par la Section de l'immigration, de l'interprétation large qu'elle avait adoptée quant à ce qui est contraire aux intérêts du Canada. Il s'agit d'une autre lacune qui m'amène à perdre confiance dans la décision rendue par la Section de l'immigration.

[68] Troisièmement, la Section de l'immigration n'explique pas le lien entre les actions en cause de l'INSA et la sécurité nationale du Canada.

[69] En toute déférence, j'adopte le raisonnement suivi par mon collègue le juge Grammond dans la décision *Mason c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 1251, [2020] 2 R.C.F. 3; il y avait conclu qu'il faut un lien avec la sécurité nationale pour qu'une affaire réponde aux exigences du paragraphe 34(1) de la LIPR. (Il s'agissait plus précisément, dans la décision *Mason*, de la portée du paragraphe 34(1)e) de la LIPR.) S'il en faut plus pour étayer ce raisonnement, j'ajouterais simplement qu'il est indiqué, dans le Résumé législatif du projet de loi C-43 produit par la Bibliothèque du Parlement (Publication n° 41-1-C43-F – 30 juillet 2012, révisée le 3 octobre 2012), que l'article 34 de la LIPR « prévoit l'interdiction de territoire au Canada d'une personne pour raison de sécurité nationale » (à la page 3). On aurait pu penser que c'était évident compte tenu des types d'actes énumérés au paragraphe 34(1) et du fait que la disposition a toujours été intitulée « Sécurité ».

[70] Le seul lien avec la sécurité du Canada que la Section de l'immigration a pu établir était que l'INSA « s'est livrée à des actes d'espionnage contre des ressortissants de pays alliés du Canada » [au paragraphe 34].

[71] Je ne parviens pas à distinguer, dans le dossier, les éléments de preuve établissant que les personnes ciblées par l'INSA en décembre 2013 ou en novembre et en décembre 2014 étaient des ressortissants des États-Unis ou de la Belgique, et non des résidents de

report from February 12, 2014, describes some of “the targets of recent cyber attacks” as having been U.S. citizens and others as having “lived in the United States or other Western countries for years.” The article discusses several different cyber attacks and it is unclear which is the case for the two targets of the December 2013 cyber attacks in particular (which were the only ones of those that the Minister relied on here that had occurred when the article was written). With respect to the cyber attacks in November and December 2014, the report from The Citizen Lab that documents them speaks only of “US-based Ethiopian journalists” as having been the targets. A July 12, 2015, newspaper report describes the targets of those attacks in the same terms. There does not appear to be any information in the record about their nationality apart from being Ethiopian. The respondent’s memorandum of fact and law on this application refers to ESAT’s targets simply as “residents” of allied countries.

[72] In any event, even if the individuals who were targeted were nationals of their respective countries of residence, the ID offers no explanation of how a foreign agency targeting them for surveillance in another country engages Canada’s national security. While this could engage the national security interests of the countries in which they were resident, without further explanation, it does not follow from this that Canada’s national security interests are also engaged.

[73] The ID relies on the decision of Justice O’Reilly in *Sumaida v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 256, to support the conclusion that INSA’s actions were contrary to Canada’s interests. That application for judicial review concerned a decision that Mr. Sumaida was ineligible to submit an application for humanitarian and compassionate (H&C) relief under subsection 25(1) of the IRPA because he was found to be inadmissible under paragraph 34(1)(f) of the Act. Specifically, an officer with Citizenship and Immigration Canada had found that Mr. Sumaida had been a member of the Iraqi secret

ces pays. Selon un article de presse du 12 février 2014, certaines des [TRADUCTION] « cibles de cyberattaques récentes » étaient des citoyens américains et d’autres avaient [TRADUCTION] « vécu pendant des années aux États-Unis ou dans d’autres pays occidentaux ». L’article fait état de plusieurs cyberattaques différentes sans indiquer précisément si les deux cibles des cyberattaques de décembre 2013 étaient des citoyens ou des résidents des pays concernés (il s’agit, parmi les cyberattaques sur lesquelles s’est appuyé le ministre en l’espèce, des deux seules qui avaient eu lieu lorsque l’article a été rédigé). En ce qui concerne les cyberattaques de novembre et de décembre 2014, d’après le rapport produit par The Citizen Lab au sujet de ces attaques, seuls des [TRADUCTION] « journalistes éthiopiens établis aux États-Unis » ont été visés. Un article de journal du 12 juillet 2015 présente dans les mêmes termes les personnes visées par ces attaques. Le dossier ne semble contenir aucun renseignement quant à la nationalité des personnes visées, en dehors du fait qu’elles sont éthiopiennes. Le mémoire des faits et du droit du défendeur quant à la présente demande qualifie simplement les cibles d’ESAT de [TRADUCTION] « résidents » de pays alliés.

[72] Quoiqu’il en soit, même si les personnes ciblées étaient ressortissantes de leurs pays de résidence respectifs, la Section de l’immigration n’explique absolument pas en quoi le fait qu’une agence étrangère les cible aux fins de surveillance dans un autre pays met en jeu la sécurité nationale du Canada. Bien que cela puisse mettre en jeu les intérêts de sécurité nationale des pays dont ils sont résidents, il ne faut pas en déduire que les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale sont également mis en jeu si aucune autre explication n’est donnée.

[73] Pour étayer la conclusion selon laquelle les actions de l’INSA étaient contraires aux intérêts du Canada, la Section de l’immigration s’appuie sur le jugement rendu par le juge O’Reilly dans la décision *Sumaida c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 256. Cette demande de contrôle judiciaire concernait une décision selon laquelle M. Sumaida n’était pas autorisé à présenter une demande pour des motifs d’ordre humanitaire aux termes du paragraphe 25(1) de la LIPR parce qu’il avait été déclaré interdit de territoire en application de l’alinéa 34(1)f) de cette même loi. Plus précisément, un agent



police (the Mukhabarat), an organization that engages in espionage contrary to Canada's interests. Among other things, Mr. Sumaida had admitted to informing on opponents of Saddam Hussein while he was living in the United Kingdom. The officer rejected the H&C application because subsection 25(1) expressly excludes anyone who is inadmissible under section 34 of the Act from seeking relief under it. The application for judicial review turned on the reasonableness of the finding of membership and the determination that the Mukhabarat engaged in espionage: see *Sumaida*, at paragraphs 7–9. The issue of whether Mr. Sumaida's espionage activities (or those of the Mukhabarat more generally) were contrary to Canada's interests does not appear to have been raised on judicial review and it was not addressed by Justice O'Reilly. Consequently, contrary to what the ID thought, this decision does not lend any support to its decision.

[74] As the CIC manual states, espionage activity directed against Canada's allies may also be contrary to Canada's interests. The targeting of an ally can easily be understood as engaging Canada's national security. But INSA was not targeting the United States or Belgium. It was targeting private individuals who were in the United States and Belgium. It is something else entirely to suggest that Canada's national security interests are engaged simply by the targeting of individuals who are nationals or residents of one of its allies, as opposed to the targeting of the ally itself. At the very least, a reasonable explanation of the nexus between this and Canada's national security interests must be provided for the decision to withstand review. None was provided here. As a result, the decision lacks justification, transparency, and intelligibility.

de Citoyenneté et Immigration Canada avait conclu que M. Sumaida avait été membre de la police secrète irakienne (le Mukhabarat), une organisation qui se livre à des activités d'espionnage contraires aux intérêts du Canada. M. Sumaida avait notamment reconnu avoir fourni des renseignements sur des opposants de Saddam Hussein lorsqu'il vivait au Royaume-Uni. L'agent a rejeté la demande pour motifs d'ordre humanitaire parce que le paragraphe 25(1) empêche expressément toute personne interdite de territoire au titre de l'article 34 de la Loi d'invoquer des motifs d'ordre humanitaire en application du paragraphe 25(1). La demande de contrôle judiciaire portait sur le caractère raisonnable de la conclusion d'appartenance et sur la décision selon laquelle le Mukhabarat était l'auteur d'actes d'espionnage : voir la décision *Sumaida*, aux paragraphes 7 à 9. La question de savoir si les activités d'espionnage de M. Sumaida (ou celles du Mukhabarat, de façon plus générale) étaient contraires aux intérêts du Canada ne semble pas avoir été soulevée lors du contrôle judiciaire et n'a pas été abordée par le juge O'Reilly. Par conséquent, contrairement à ce que pensait la Section de l'immigration, cette décision n'appuie aucunement sa décision.

[74] Tel qu'il est indiqué dans le guide de CIC, les actes d'espionnage contre des alliés du Canada peuvent aussi être contraires aux intérêts du Canada. Le ciblage d'un allié peut facilement être perçu comme mettant en jeu la sécurité nationale du Canada. Cependant, l'INSA ne ciblait ni les États-Unis ni la Belgique. Elle ciblait des particuliers qui se trouvaient aux États-Unis ou en Belgique. C'est une chose d'envisager que le ciblage d'un pays allié mette en jeu les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale, mais c'est tout autre chose de laisser entendre que ces intérêts sont mis en jeu par le simple ciblage de particuliers qui sont ressortissants ou résidents d'un pays allié du Canada. Pour que la décision résiste à un contrôle, il faut au moins une explication raisonnable quant au lien entre ce ciblage et les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale. Or, aucune explication n'a été donnée en l'espèce. Par conséquent, la décision manque de justification, de transparence et d'intelligibilité.

## VI. CERTIFIED QUESTION

[75] The parties have jointly proposed the following question for certification under paragraph 74(d) of the IRPA:

Is a person inadmissible to Canada pursuant to s. 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act* for being a member of an organization for which there are reasonable grounds to believe has engaged in, engages in, or will engage in acts of espionage that are “contrary to Canada’s interests” within the meaning of s. 34(1)(a) of the Act if the organization’s espionage activities take place outside Canada and target foreign nationals in a manner that is contrary to the democratic values of Canadian society and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, including the fundamental freedoms guaranteed by section 2 of the *Charter*?

[76] Under paragraph 74(d) of the IRPA, an appeal may be brought to the Federal Court of Appeal in respect of a decision on an application for judicial review under that Act only if, in rendering judgment, the judge certifies that “a serious question of general importance is involved” and states the question. This prerequisite has been interpreted to mean that a question warrants certification only if it “is dispositive of the appeal, transcends the interests of the parties and raises an issue of broad significance or general importance.” Further, the question cannot be in the nature of a reference or turn on the unique facts of the case or the judge’s reasons: see *Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 674, at paragraph 46; *Mudrak v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 178, 43 Imm. L.R. (4th) 199, at paragraph 16; and *Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229, at paragraph 36.

[77] I agree with the parties in substance that their jointly proposed question meets the test for certification. I would amend the wording of their question slightly, in part to better capture the ID’s reliance on paragraph 65 of *Agraira* and the fact that the ID invokes only paragraph 2(b) of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*] and not section 2 as a whole. Thus,

## VI. QUESTION À CERTIFIER

[75] Les parties ont proposé conjointement la question à certifier suivante en application de l’alinéa 74d) de la LIPR :

Une personne est-elle interdite de territoire au Canada conformément à l’alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* parce qu’elle a été membre d’une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle a été, qu’elle est ou qu’elle sera l’auteur d’actes d’espionnage « contraire[s] aux intérêts du Canada » au sens de l’alinéa 34(1)a) de la Loi, si les activités d’espionnage de cette organisation ont lieu en dehors du Canada et ciblent des ressortissants étrangers de façon contraire aux valeurs démocratiques de la société canadienne et à la *Charte canadienne des droits et libertés*, notamment les libertés fondamentales garanties par l’article 2 de la Charte?

[76] Conformément à l’alinéa 74(d) de la LIPR, il est possible d’interjeter appel devant la Cour d’appel fédérale relativement à une décision concernant une demande de contrôle judiciaire aux termes de cette loi si le juge certifie que l’affaire soulève « l’affaire soulève une question grave de portée générale » et énonce celle-ci. Cette condition préalable a été interprétée comme signifiant que pour être certifiée, une question « doit être déterminante quant à l’issue de l’appel, transcender les intérêts des parties au litige et porter sur des questions ayant des conséquences importantes ou qui sont de portée générale. » En outre, il ne peut s’agir d’une question qui est de la nature d’un renvoi ou dont la réponse dépend des faits qui sont uniques à l’affaire ou des motifs du juge : voir les arrêts *Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674, au paragraphe 46; *Mudrak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 178, au paragraphe 16; et *Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 130, [2018] 2 R.C.F. 229, au paragraphe 36.

[77] Je conviens sur le fond avec les parties que la question qu’elles ont posée conjointement satisfait au critère de certification. Je modifierais légèrement l’énoncé de leur question, en partie pour mieux indiquer que la Section de l’immigration s’est appuyée sur le paragraphe 65 de l’arrêt *Agraira* et pour tenir compte du fait que la Section de l’immigration invoque uniquement

I would state the serious question of general importance set out below.

## VII. CONCLUSION

[78] For these reasons, the application for judicial review is allowed, the decision of the Immigration Division dated May 17, 2019, is set aside, and the matter is remitted to the Immigration Division for redetermination by a different decision maker.

[79] Pursuant to paragraph 74(d) of the IRPA, the following serious question of general importance is stated:

Is a person inadmissible to Canada pursuant to paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act* for being a member of an organization with respect to which there are reasonable grounds to believe it has engaged in, engages in, or will engage in acts of espionage that are “contrary to Canada’s interests” within the meaning of paragraph 34(1)(a) of the Act if the organization’s espionage activities take place outside Canada and target foreign nationals in a manner that is contrary to the values that underlie the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the democratic character of Canada, including the fundamental freedoms guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter?

## JUDGMENT IN IMM-3566-19

THIS COURT’S JUDGMENT is that

1. The application for judicial review is allowed.
2. The decision of the Immigration Division dated May 17, 2019, is set aside and the matter is remitted for redetermination by a different decision maker.
3. The following serious question of general importance is stated pursuant to paragraph 74(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*:

l’alinéa 2b) de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*] et non l’article 2 dans son ensemble. J’énoncerais par conséquent la question grave de portée générale indiquée ci-dessous.

## VII. CONCLUSION

[78] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire est accueillie, la décision de la Section de l’immigration datée du 17 mai 2019 est annulée et l’affaire est renvoyée à la Section de l’immigration pour être réexaminée par un autre décideur.

[79] La question suivante, qui est une question grave de portée générale, est énoncée aux termes de l’alinéa 74d) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* :

Une personne est-elle interdite de territoire au Canada conformément à l’alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* parce qu’elle a été membre d’une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle a été, qu’elle est ou qu’elle sera l’auteur d’actes d’espionnage « contraire[s] aux intérêts du Canada » au sens de l’alinéa 34(1)a) de la Loi, si les activités d’espionnage de cette organisation ont lieu en dehors du Canada et ciblent des ressortissants étrangers de façon contraire aux valeurs qui sous-tendent la *Charte canadienne des droits et libertés* et le caractère démocratique du Canada, notamment les libertés fondamentales garanties par l’alinéa 2b) de la Charte?

## JUGEMENT DANS LE DOSSIER IMM-3566-19

LA COUR REND LE JUGEMENT SUIVANT :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie.
2. La décision de la Section de l’immigration datée du 17 mai 2019 est annulée et l’affaire est renvoyée à un autre décideur pour réexamen.
3. La question suivante, qui est une question grave de portée générale, est énoncée aux termes de l’alinéa 74d) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* :

Is a person inadmissible to Canada pursuant to paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act* for being a member of an organization with respect to which there are reasonable grounds to believe it has engaged in, engages in, or will engage in acts of espionage that are “contrary to Canada’s interests” within the meaning of paragraph 34(1)(a) of the Act if the organization’s espionage activities take place outside Canada and target foreign nationals in a manner that is contrary to the values that underlie the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the democratic character of Canada, including the fundamental freedoms guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter?

Une personne est-elle interdite de territoire au Canada conformément à l’alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* parce qu’elle a été membre d’une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle a été, qu’elle est ou qu’elle sera l’auteur d’actes d’espionnage « contraire[s] aux intérêts du Canada » au sens de l’alinéa 34(1)a) de la Loi, si les activités d’espionnage de cette organisation ont lieu en dehors du Canada et ciblent des ressortissants étrangers de façon contraire aux valeurs qui sous-tendent la *Charte canadienne des droits et libertés* et le caractère démocratique du Canada, notamment les libertés fondamentales garanties par l’alinéa 2b) de la Charte?

A-186-19  
2020 FCA 125

A-186-19  
2020 CAF 125

**Her Majesty the Queen** (*Appellant*)

**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

v.

c.

**984274 Alberta Inc.** (*Respondent*)

**984274 Alberta Inc.** (*intimée*)

**INDEXED AS: CANADA v. 984274 ALBERTA INC.**

**RÉPERTORIÉ : CANADA c. 984274 ALBERTA INC.**

Federal Court of Appeal, Noël C.J., Boivin and Rivoalen J.J.A.—By videoconference, June 3; Ottawa, July 28, 2020.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Noël, juges Boivin et Rivoalen, J.C.A.—Par vidéoconférence, 3 juin; Ottawa, 28 juillet 2020.

*Income Tax — Assessment and Reassessment — Appeal from Tax Court of Canada judgment allowing appeal, vacating assessment issued by Minister of National Revenue under Income Tax Act pertaining to respondent's 2003 taxation year — Tax Court concluding assessment dated March 23, 2015 (2015 assessment) not validly issued on basis assessment issued beyond normal reassessment period — Respondent incorporated under laws of Alberta as wholly owned subsidiary of Henro Holdings Corporation — Henro transferring to respondent 84 acres of land — Both Henro, respondent considering land to be capital property — Later that day, respondent selling land to arm's length party; distributing part of proceeds to Henro by payment of capital dividends — In computing income for taxation year ended March 31, 2003, respondent reporting taxable capital gain of \$3 952 238 resulting from sale of land — In June 2003, Minister issuing notice of assessment levying \$1 809 598 in taxes (2003 assessment) — Later that year, notice of reassessment issued for same taxation year, leaving initial assessment unaltered, acknowledging full receipt of tax payable for year (2003 reassessment) — Thus, normal reassessment period for respondent's 2003 taxation year ending in June 2006 — In 2007, Canada Revenue Agency (CRA) advising Henro of intention to reassess its 2003 through 2007 taxation years on basis that land transferred to respondent was inventory rather than capital property; CRA refunding taxes respondent paid on capital gain reported for 2003 taxation year — CRA assessing, reassessing Henro given excessive capital dividend paid by Henro to shareholders as result of treatment of land as inventory — Because of assessments, land transferred to respondent during 2003 taxation year deemed by Act, s. 69 to have been acquired at fair market value; thus, no income generated by respondent on arm's length sale — Minister, by notice of reassessment issued in 2010 (2010 reassessment or nil assessment), reducing taxable capital gain reported by respondent for its 2003 taxation year from \$3 952 238 to nil; refunding respondent \$2 577 231 representing taxes paid on reported taxable capital gain in 2003, plus refund interest — Respondent*

*Impôt sur le revenu — Cotisation et nouvelle cotisation — Appel interjeté contre le jugement rendu par la Cour canadienne de l'impôt, qui a accueilli l'appel interjeté par l'intimée et annulé la cotisation établie par le ministre du Revenu national sous le régime de la Loi de l'impôt sur le revenu ayant trait à son année d'imposition 2003 — La Cour de l'impôt a conclu que la cotisation du 23 mars 2015 (la cotisation de 2015) n'était pas valide, concluant que la cotisation de 2015 a été établie en dehors de la période normale de nouvelle cotisation — L'intimée a été constituée en société sous le régime des lois de l'Alberta à titre de filiale en propriété exclusive de Henro Holdings Corporation — Henro a transféré à l'intimée un terrain de 84 acres — Selon Henro et l'intimée, le terrain constituait une immobilisation — Plus tard le même jour, l'intimée a vendu le terrain à un tiers avec qui elle n'avait pas de lien de dépendance; elle a distribué une partie des profits de la vente à Henro sous la forme de dividendes en capital — Dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition se terminant le 31 mars 2003, l'intimée a déclaré un gain en capital imposable de 3 952 238 \$ issu de la vente du terrain — En juin 2003, le ministre l'a informée, par avis de cotisation, qu'elle était redevable d'un impôt établi à 1 809 598 \$ (la cotisation de 2003) — Plus tard la même année, un avis de nouvelle cotisation pour la même année d'imposition lui a été transmis l'informant que la cotisation initiale demeurerait inchangée et accusant réception du versement intégral de l'impôt pour l'année (la nouvelle cotisation de 2003) — La période normale de nouvelle cotisation pour l'année d'imposition 2003 de l'intimée expirait donc en juin 2006 — En 2007, l'Agence du revenu du Canada (l'ARC) a avisé Henro qu'elle allait établir de nouvelles cotisations à l'égard de ses années d'imposition 2003 à 2007, puisque le terrain transféré à l'intimée constituait un bien à porter à l'inventaire plutôt qu'une immobilisation; l'ARC a remboursé à l'intimée l'impôt payé sur le gain en capital déclaré à l'égard de son année d'imposition 2003 — L'ARC a établi des cotisations et nouvelles cotisations à l'égard de Henro par suite des dividendes en capital excessifs versés par Henro à ses actionnaires,*

accepting 2010 payment — After CRA confirming various reassessments, assessments against Henro, Henro filing appeal before Tax Court — CRA, Henro executing agreement settling outstanding appeal before Tax Court — Agreement co-signed by respondent, who, although not party to appeal at issue, party to agreement — Under settlement agreement, Henro would be reassessed to reverse treatment of transferred land from inventory to capital property; respondent's 2003 taxation year would be reassessed to add capital gain to its income — In March 2015, Minister issuing 2015 assessment claiming back 2010 payment, refund interest — Whether Tax Court properly holding that 2015 assessment not issued in conformity with Act — Parties, Tax Court proceeded on basis that 2010 reassessment null, void since issued more than three years after 2003 assessment issued — Agreeing that because null, void, 2010 reassessment could not supersede 2003 reassessment — Act, s. 152(4) giving Minister power to “notify in writing any person ... that no tax is payable for the year” — Such power exercised when 2010 reassessment issued — Notification that no tax payable may be issued at any time because three-year limit not applying to such notice — While nil assessment cannot be appealed, not without legal effect — When, as in present case, notice that no tax is payable issued after initial assessment or reassessment issued, such notice replacing prior assessment, reducing “tax payable” for year to nil — In present case, tax payable by respondent for 2003 taxation year fixed by 2003 reassessment at \$1 809 598, which amount paid upon filing return for that year — Subsequent nil assessment in 2010 reducing tax payable from amount paid to zero, thus generating “overpayment” within defined meaning set out in Act, s. 164(7)(b) — Issue therefore whether 2010 payment made further to issuance of nil assessment qualifying as “refund” under Act, s. 164(1)(a)(iii) — Parliament's objective in requiring that notice of assessment be issued before refund can be paid, except in specific cases, being to establish existence of “overpayment”, defined in Act, s. 164(7) — Therefore, nil assessment operating same way as assessment that levies tax, must be viewed as assessment when applying Act, s. 164(1)(a)(iii) — Thus, 2010 payment refund authorized to be made pursuant to Act, s. 164(1)(a)(iii) — Refund interest paid by Minister to respondent in 2010 could therefore be recovered pursuant to Act, s. 164(3.1) — Finally, since refund authorized under Act, s. 164(1)(a)(iii), made pursuant to specific provision of Act, it followed that ss. 160.1(1), 160.1(3) could be validly invoked in support of 2015 assessment — Therefore, respondent's contention that 2015 assessment not issued in conformity with Act rejected, legal validity of 2015 assessment confirmed — Appeal allowed.

vu la décision d'assimiler le terrain à un bien à porter à l'inventaire — Les cotisations ont eu pour conséquence que le terrain transféré à l'intimée au cours de son année d'imposition 2003 était réputé, par application de l'art. 69 de la Loi, avoir été acquis à sa juste valeur marchande; la vente du terrain à un tiers avec qui l'intimée n'avait aucun lien de dépendance n'a donc généré aucun revenu pour l'intimée — Le ministre, par voie d'avis de nouvelle cotisation délivré en 2010 (la nouvelle cotisation de 2010 ou la cotisation néant), a réduit la valeur du gain en capital imposable déclaré par l'intimée à l'égard de son année d'imposition 2003, la faisant passer de 3 952 238 \$ à zéro; il a remboursé à l'intimée 2 577 231 \$, soit l'impôt payé sur le gain en capital imposable déclaré en 2003, plus l'intérêt applicable — L'intimée a accepté le versement de 2010 — Après que l'ARC a confirmé les nouvelles cotisations et les cotisations établies à l'égard de Henro, Henro a interjeté un appel devant la Cour de l'impôt — L'ARC et Henro ont conclu une entente de règlement de l'appel interjeté à la Cour de l'impôt — L'entente a été signée également par l'intimée, qui si elle n'était pas partie à l'appel ayant fait l'objet du règlement, était partie à l'entente de règlement — Aux termes de l'entente de règlement, une nouvelle cotisation serait établie à l'égard d'Henro, suivant laquelle le terrain transféré était de nouveau considéré comme une immobilisation, et non comme un bien à porter à l'inventaire; et à l'égard de l'intimée, pour l'année d'imposition 2003, suivant laquelle des gains en capital seraient ajoutés à son revenu — En mars 2015, le ministre a établi la cotisation de 2015 ayant pour effet le recouvrement du versement de 2010, y compris le remboursement des intérêts — Il s'agissait de savoir si c'est à bon droit que la Cour de l'impôt a conclu que la cotisation de 2015 était sans fondement statutaire — Les parties et la Cour de l'impôt ont estimé que la nouvelle cotisation de 2010 était invalide, car elle avait été établie plus de trois ans après l'établissement de la cotisation de 2003 — Compte tenu de son invalidité, ils étaient convenus qu'elle ne pouvait remplacer la cotisation de 2003 — L'art. 152(4) de la Loi habilite le ministre à « donner avis par écrit qu'aucun impôt n'est payable pour l'année » — C'est le pouvoir qui a été exercé pour l'établissement de la nouvelle cotisation de 2010 — L'avis portant qu'aucun impôt n'est payable peut être délivré en tout temps, car la période de trois ans ne s'applique pas à cet avis — Une cotisation néant ne peut être l'objet d'un appel, mais elle n'est pas dépourvue d'effet juridique — Lorsqu'un avis portant qu'aucun impôt n'est payable est donné après une cotisation ou une nouvelle cotisation, comme en l'espèce, il remplace la cotisation antérieure et ramène à zéro l'« impôt payable » pour l'année d'imposition — En l'espèce, l'impôt payable par l'intimée pour l'année d'imposition 2003 a été fixé par la nouvelle cotisation de 2003 à la somme de 1 809 598 \$, qu'elle a payé lorsqu'elle a fait sa déclaration visant cette année d'imposition — L'établissement subséquent de la cotisation néant en 2010 a eu pour effet de faire passer le montant de l'impôt payable de la somme payée à zéro, de sorte qu'il y a eu un « paiement en trop » au sens où il est défini pour l'application de l'art. 164(7)b) de la Loi

— La question qu'il fallait trancher était donc celle de savoir si le versement de 2010, effectué par suite de la cotisation néant, constituait un « remboursement » pour l'application de l'art. 164(1a)(iii) de la Loi — Le législateur, en subordonnant le versement d'un remboursement à la délivrance préalable d'un avis de cotisation, sauf dans certains cas précis, vise à établir l'existence d'un « paiement en trop », qui est défini à l'art. 164(7) de la Loi — À cet égard, une cotisation néant a le même effet qu'une cotisation qui prélève un impôt et constitue une cotisation pour l'application de l'art. 164(1a)(iii) de la Loi — Par conséquent, le versement de 2010 constituait un remboursement autorisé par l'art. 164(1a)(iii) de la Loi — Il en découlait que les intérêts sur le remboursement versés par le ministre à l'intimée en 2010 pouvaient être recouverts en vertu de l'art. 164(3.1) de la Loi — Enfin, étant donné que le remboursement était autorisé par l'art. 164(1a)(iii) de la Loi, partant, il était conforme à une disposition de la Loi et il s'ensuivait que les art. 160.1(1) et (3) étayaient la cotisation de 2015 — Il s'en est suivi que la prétention de l'intimée, selon laquelle la cotisation de 2015 n'avait pas été établie conformément à la Loi, a été rejetée, et la validité de cette cotisation confirmée — Appel accueilli.

This was an appeal from a Tax Court of Canada judgment allowing the appeal brought by the respondent and vacating an assessment issued by the Minister of National Revenue (Minister) under the *Income Tax Act* pertaining to the respondent's 2003 taxation year. The Tax Court had to decide whether the assessment dated March 23, 2015 (2015 assessment) was validly issued when regard was had to the relevant provisions of the Act. It answered this question in the negative on the basis that the 2015 assessment was issued beyond the normal reassessment period and subsection 169(3) of the Act, dealing with out-of-court settlements, did not save it given that the respondent was not a party to the settled appeal. The Tax Court also concluded that although subsections 160.1(1) and 160.1(3) and subsection 164(3.1) of the Act allowed for the issuance of an assessment out of time, these provisions were not validly invoked on the facts of this case.

The appellant contended that the Tax Court erred on both counts and argued that the Minister could, by way of the 2015 assessment, recover an excessive tax refund of \$1 809 598 paid to the respondent in 2010, plus accrued interest. The respondent supported the holding that subsection 169(3) did not extend to it since it was not a party in the settled appeal. It further argued that the Tax Court correctly held that none of the excessive refund provisions invoked by the Minister authorized the issuance of the 2015 assessment.

Il s'agissait d'un appel interjeté contre le jugement rendu par la Cour canadienne de l'impôt, qui a accueilli l'appel interjeté par l'intimée et annulé la cotisation établie par le ministre du Revenu national (le ministre) sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ayant trait à son année d'imposition 2003. La Cour de l'impôt a été appelée à décider si la cotisation du 23 mars 2015 (la cotisation de 2015) était valide, compte tenu des dispositions pertinentes de la Loi. Elle a répondu à cette question par la négative, concluant que la cotisation de 2015 a été établie en dehors de la période normale de nouvelle cotisation et que le paragraphe 169(3) de la Loi, qui porte sur les règlements extrajudiciaires, ne permettait pas de rendre la cotisation valide, car l'intimée n'était pas partie à l'appel ayant fait l'objet d'un règlement. La Cour de l'impôt a conclu également que, même si la cotisation pouvait être établie en dehors de la période normale de cotisation, par application des paragraphes 160.1(1) et (3) ainsi que 164(3.1) de la Loi, ces dispositions ne jouaient pas en l'espèce, vu les faits de l'affaire.

L'appelante a fait valoir que la Cour de l'impôt s'est trompée dans les deux cas et qu'il était loisible au ministre en établissant la cotisation de 2015 de récupérer le remboursement d'impôt de 1 809 598 \$, plus les intérêts courus, versé en trop à l'intimée en 2010. L'intimée était d'accord sur la conclusion que le paragraphe 169(3) ne s'appliquait pas dans son cas, car elle n'était pas partie à l'appel s'étant soldé par la conclusion de l'entente. En outre, selon elle, c'est à bon droit que la Cour de l'impôt a conclu qu'aucune des dispositions régissant les remboursements excessifs invoqués par le ministre n'habilitait ce dernier à établir la cotisation de 2015.

The respondent was incorporated under the laws of the province of Alberta as a wholly owned subsidiary of Henro Holdings Corporation (Henro). Henro transferred to the respondent 84 acres of land it had. Both Henro and the respondent considered the land to be capital property, and the transfer was made on a rollover basis further to a joint election made pursuant to subsection 85(1) of the Act. Later that day, the respondent sold the land to an arm's length party. The respondent distributed part of the proceeds of the sale to Henro by the payment of capital dividends in the amounts of \$1 250 000 and \$2 702 238 respectively. In computing its income for its taxation year ended March 31, 2003, the respondent reported a taxable capital gain of \$3 952 238 resulting from the sale of the land. On June 23, 2003, the Minister issued a notice of assessment levying Part I tax in the amount of \$1 809 598 (2003 assessment). A notice of reassessment was issued for the same year in October 2003, which left the initial assessment unaltered and acknowledged full receipt of the tax payable for the year (2003 reassessment). Given the date of issuance of the 2003 assessment, the normal reassessment period for the respondent's 2003 taxation year ended in June 2006. In 2007, the Canada Revenue Agency (CRA) advised Henro that it proposed to reassess its 2003 through 2007 taxation years on the basis that the land transferred to the respondent was inventory rather than capital property and therefore not eligible for the joint election made pursuant to subsection 85(1) of the Act. In June 2009, the CRA informed Henro that the respondent's normal reassessment period was coming to an end and asked that a waiver be signed to allow the CRA to refund the taxes the respondent paid on the capital gain reported for its 2003 taxation year. Despite the fact that the time for filing a waiver for that year had expired, the respondent agreed to file a waiver for that purpose. The CRA assessed and reassessed Henro given the excessive capital dividend it paid to its shareholders resulting from the CRA's treatment of the land as inventory. Henro objected to these assessments and reassessments. The direct consequence of these assessments was that the land that was transferred to the respondent during its 2003 taxation year was deemed by section 69 of the Act to have been acquired at its fair market value and that, as a result, no income was generated by the respondent on the arm's length sale that took place the same day. The Minister, by notice of reassessment issued in 2010 (2010 reassessment or nil assessment), reduced the taxable capital gain reported by the respondent for its 2003 taxation year from \$3 952 238 to nil and refunded the respondent the amount of \$2 577 231 representing the taxes paid in the amount of \$1 809 598 on the reported taxable capital gain in 2003, plus refund interest in the amount of \$767 633. The respondent accepted this payment (2010 payment).

L'intimée a été constituée en société sous le régime des lois de l'Alberta à titre de filiale en propriété exclusive de Henro Holdings Corporation (Henro). Henro a transféré à l'intimée un terrain de 84 acres qu'elle avait acquis. Selon Henro et l'intimée, le terrain constituait une immobilisation. Le transfert a été fait par roulement suivant le choix conjoint fait en application du paragraphe 85(1) de la Loi. Plus tard le même jour, l'intimée a vendu le terrain à un tiers avec qui elle n'avait pas de lien de dépendance. L'intimée a distribué une partie des profits de la vente à Henro sous la forme de dividendes en capital s'établissant respectivement à 1 250 000 \$ et 2 702 238 \$. Dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition se terminant le 31 mars 2003, l'intimée a déclaré un gain en capital imposable de 3 952 238 \$ issu de la vente du terrain. Le 23 juin 2003, le ministre l'a informée, par avis de cotisation, qu'elle était redevable, suivant la partie I de la Loi, d'un impôt établi à 1 809 598 \$ (la cotisation de 2003). Un avis de nouvelle cotisation pour la même année d'imposition lui a été transmis en octobre 2003 l'informant que la cotisation initiale demeurerait inchangée et accusant réception du versement intégral de l'impôt pour l'année (la nouvelle cotisation de 2003). Vu la date d'établissement de la cotisation de 2003, la période normale de nouvelle cotisation pour l'année d'imposition 2003 de l'intimée expirait en juin 2006. En 2007, l'Agence du revenu du Canada (l'ARC) a avisé Henro qu'elle allait établir de nouvelles cotisations à l'égard de ses années d'imposition 2003 à 2007. Selon l'ARC, le terrain transféré à l'intimée constituait un bien à porter à l'inventaire plutôt qu'une immobilisation, et ne pouvait donc être visé par le choix conjoint fait au titre du paragraphe 85(1) de la Loi. En juin 2009, l'ARC a informé Henro que la période normale de nouvelle cotisation de l'intimée arrivait à expiration et a demandé que cette dernière y renonce par écrit pour permettre à l'ARC de lui rembourser l'impôt payé sur le gain en capital déclaré à l'égard de son année d'imposition 2003. Même si le délai applicable à cette année était déjà expiré, l'intimée a accepté de présenter une renonciation à cette fin. L'ARC a établi des cotisations et nouvelles cotisations à l'égard de Henro par suite des dividendes en capital excessifs versés par Henro à ses actionnaires, vu la décision de l'ARC d'assimiler le terrain à un bien à porter à l'inventaire. Henro a présenté des objections à ces cotisations et nouvelles cotisations. Les cotisations ont eu la conséquence directe suivante : le terrain transféré à l'intimée au cours de son année d'imposition 2003 était réputé, par application de l'article 69 de la Loi, avoir été acquis à sa juste valeur marchande; la vente du terrain le même jour à un tiers avec qui l'intimée n'avait aucun lien de dépendance n'a donc généré aucun revenu pour l'intimée. Le ministre, par voie d'avis de nouvelle cotisation délivré en 2010 (la nouvelle cotisation de 2010 ou la cotisation néant), a réduit la valeur du gain en capital imposable déclaré par l'intimée à l'égard de son année d'imposition 2003, la faisant passer de 3 952 238 \$ à zéro, et a remboursé à l'intimée 2 577 231 \$, soit l'impôt payé (1 809 598 \$) sur le gain en capital imposable déclaré en 2003, plus l'intérêt



In April 2012, the CRA confirmed the various reassessments and assessments issued against Henro. An appeal was subsequently filed before the Tax Court. Later, the CRA and Henro executed an agreement settling the outstanding appeal before the Tax Court. The agreement was made pursuant to subsection 169(3) of the Act and was co-signed by the respondent, who, although not a party to the appeal settled by the agreement, was a party to the agreement. The settlement agreement stipulates, among other things, that Henro would be reassessed to reverse the treatment of the transferred land from inventory to capital property, and that the respondent's 2003 taxation year would be reassessed to add to its income an amount of \$7 904 475 of capital gain (\$3 952 238 taxable capital gain). On March 23, 2015, the Minister issued the 2015 assessment which claimed back the 2010 payment, including the refund interest, plus arrears interest since 2010 on the basis that the transferred land was capital property and that taxes were payable by the respondent as originally reported and assessed. Despite having signed the settlement agreement, the respondent objected to the 2015 assessment and brought the matter before the Tax Court.

The main issue was whether the Tax Court properly held that the 2015 assessment was not issued in conformity with the Act.

*Held*, the appeal should be allowed.

The parties and the Tax Court Judge all proceeded on the basis that the 2010 reassessment was null and void by reason of it having been issued more than three years after the 2003 assessment was issued. All were agreed that because it was null and void, the 2010 reassessment could not supersede the 2003 reassessment. Subsection 152(4) gives the Minister the power to “notify in writing any person ... that no tax is payable for the year”. This was the power that was exercised when the 2010 reassessment was issued. A notification that no tax is payable may be issued at any time because the three-year limit subsequently provided for under that provision does not apply to a notice that no tax is payable. It followed that nothing turned on the fact that the 2010 reassessment was issued after this period had expired or that the waiver for the 2003 taxation year was invalid because it was filed out of time. While a nil assessment cannot be appealed because it assesses no tax, it is not without legal effect. In the end, there was no basis for the respondent's contention that a nil assessment is a mere notification without legal consequences under the Act. There was equally no basis for the contention that the 2010 reassessment

applicable (767 633 \$). L'intimée a accepté le versement (le versement de 2010).

En avril 2012, l'ARC a confirmé les nouvelles cotisations et les cotisations établies à l'égard de Henro. Un appel a ensuite été interjeté devant la Cour de l'impôt. Par la suite, l'ARC et Henro ont conclu une entente de règlement de l'appel interjeté à la Cour de l'impôt. L'entente est intervenue en vertu du paragraphe 169(3) de la Loi et a été signée également par l'intimée, qui a reconnu que, si elle n'était pas partie à l'appel ayant fait l'objet du règlement, elle était partie à l'entente de règlement. Aux termes de l'entente de règlement, entre autres choses, une nouvelle cotisation serait établie à l'égard d'Henro, suivant laquelle le terrain transféré était de nouveau considéré comme une immobilisation, et non comme un bien à porter à l'inventaire, ainsi qu'à l'égard de l'intimée, pour l'année d'imposition 2003, suivant laquelle 7 904 475 \$ seraient ajoutés au titre des gains en capital (3 952 238 \$ de ceux-ci étant imposables). Le 23 mars 2015, le ministre a établi la cotisation de 2015 ayant pour effet le recouvrement du versement de 2010, y compris le remboursement des intérêts, et des intérêts sur les arriérés depuis 2010, au motif que le terrain transféré constituait une immobilisation et que l'intimée était redevable de l'impôt applicable, comme sa déclaration et la cotisation initiales l'indiquaient. L'intimée a présenté une objection à la cotisation de 2015, et ce même si elle avait signé l'entente de règlement, et a interjeté appel à la Cour de l'impôt.

Il s'agissait principalement de savoir si c'est à bon droit que la Cour de l'impôt a conclu que la cotisation de 2015 était sans fondement statutaire.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

Les parties et le juge de la Cour de l'impôt ont estimé que la nouvelle cotisation de 2010 était invalide, car elle avait été établie plus de trois ans après l'établissement de la cotisation de 2003. Compte tenu de son invalidité, ils étaient convenus qu'elle ne pouvait remplacer la cotisation de 2003. Le paragraphe 152(4) habilite le ministre à « donner avis par écrit qu'aucun impôt n'est payable pour l'année ». C'est le pouvoir qui a été exercé pour l'établissement de la nouvelle cotisation de 2010. L'avis portant qu'aucun impôt n'est payable peut être délivré en tout temps, car la période de trois ans prévue plus loin dans la disposition ne s'applique pas à l'avis portant qu'aucun impôt n'est payable. Ainsi, il importait peu que la nouvelle cotisation de 2010 ait été établie après l'expiration de ce délai ou que la renonciation à l'égard de l'année d'imposition 2003 fût invalide pour cause de prescription. Une cotisation néant ne peut être l'objet d'un appel, car elle n'établit pas le montant de l'impôt, mais elle n'est pas dépourvue d'effet juridique. Tout compte fait, rien n'était l'argument de l'intimée selon lequel une cotisation néant ne constitue qu'un simple avis dépourvu de conséquence juridique pour l'application de la Loi. Rien

was “voided” by the settlement agreement since a reassessment cannot be voided by agreement.

When, as in this case, a notice that no tax is payable is issued after an initial assessment or reassessment has been issued, it replaces the prior assessment and reduces the “tax payable” for the year to nil. In this case, the tax payable by the respondent for its 2003 taxation year was fixed by the 2003 reassessment at \$1 809 598, which amount was paid upon filing the return for that year. The subsequent issuance of the nil assessment in 2010 had the effect of reducing the tax payable all the way from the amount that had been paid to zero. Yet, it remained that an amount had been paid by the respondent in respect of the 2003 taxation year. It followed that an “overpayment” within the defined meaning set out in paragraph 164(7)(b) of the Act did result from the issuance of the nil assessment.

With respect to the refund of the overpayment, it had to be determined whether the 2010 payment made further to the issuance of the nil assessment qualified as a “refund” under subparagraph 164(1)(a)(iii) of the Act given that this provision allows for a refund to be paid “on or after sending the notice of assessment for the year” — more specifically, whether a nil assessment comes within the meaning of the word “assessment” as it is used in subparagraph 164(1)(a)(iii). Parliament’s objective in requiring that a notice of assessment be issued before a refund can be paid—in cases other than those involving refunds arising from deemed payments (see subparagraphs 164(1)(a)(i) and 164(1)(a)(ii))—is to establish the existence of an “overpayment”, defined in subsection 164(7) of the Act as the excess of the tax paid towards a taxpayer’s liability over the tax payable for the year. For that purpose, a nil assessment operates the same way as an assessment that levies tax. It followed that a nil assessment had to be viewed as an assessment when applying subparagraph 164(1)(a)(iii). Therefore, the 2010 payment was a refund authorized to be made pursuant to subparagraph 164(1)(a)(iii). One of the statutory consequences that flowed from this conclusion was that the refund interest paid by the Minister to the respondent in 2010 could be recovered pursuant to subsection 164(3.1) of the Act.

Subsections 160.1(1) and 160.1(3) of the Act allow the Minister to recover the overpayment. Since the refund was authorized under subparagraph 164(1)(a)(iii) and therefore made pursuant to a specific provision of the Act, it followed that subsections 160.1(1) and 160.1(3) could be validly invoked in support of the 2015 assessment. The Tax Court was right in determining that subjecting the application of

n’était non plus l’argument selon lequel la nouvelle cotisation de 2010 a été « invalidée » par l’entente de règlement car une cotisation ne peut être invalidée de cette façon.

Lorsqu’un avis portant qu’aucun impôt n’est payable est donné après une cotisation ou une nouvelle cotisation, comme en l’espèce, il remplace la cotisation antérieure et ramène à zéro l’« impôt payable » pour l’année d’imposition. En l’espèce, l’impôt payable par l’intimée pour l’année d’imposition 2003 a été fixé par la nouvelle cotisation de 2003 à la somme de 1 809 598 \$, qu’elle a payé lorsqu’elle a fait sa déclaration visant cette année d’imposition. L’établissement subséquent de la cotisation néant en 2010 a eu pour effet de faire passer le montant de l’impôt payable de la somme payée à zéro. Toutefois, un montant a bien été payé par l’intimée à l’égard de l’année d’imposition 2003. Il s’en est suivi qu’il y a eu un « paiement en trop » au sens où il est défini pour l’application de l’alinéa 164(7)b) de la Loi par suite de l’établissement de la cotisation néant.

En ce qui concerne le remboursement du paiement fait en trop, la question qu’il fallait trancher était celle de savoir si le versement de 2010, effectué par suite de la cotisation néant, constituait un « remboursement » pour l’application du sous-alinéa 164(1)a)(iii) de la Loi; cette disposition permet le remboursement « au moment de l’envoi de l’avis de cotisation pour l’année ou par la suite ». La question précise était celle de savoir si une telle cotisation néant constitue une « cotisation » au sens où il faut l’entendre pour l’application du sous-alinéa 164(1)a)(iii). Le législateur, en subordonnant le versement d’un remboursement à la délivrance préalable d’un avis de cotisation — dans les cas qui ne concernent pas les remboursements découlant de paiements réputés (voir les sous-alinéas 164(1)a)(i) et 164(1)a)(ii)) — vise à établir l’existence d’un « paiement en trop », qui est défini au paragraphe 164(7) de la Loi comme la somme payée sur l’impôt dont le contribuable est redevable pour l’année en plus de l’impôt payable pour l’année. À cet égard, une cotisation néant a le même effet qu’une cotisation qui prélève un impôt. Il s’en suivait qu’une cotisation néant constituait une cotisation pour l’application du sous-alinéa 164(1)a)(iii). Par conséquent, le versement de 2010 constituait un remboursement autorisé par le sous-alinéa 164(1)a)(iii). Sur le plan légal, il découlait notamment de cette conclusion que les intérêts sur le remboursement versés par le ministre à l’intimée en 2010 pouvaient être recouverts en vertu du paragraphe 164(3.1) de la Loi.

Les paragraphes 160.1(1) et (3) de la Loi habilite le ministre à recouvrer le paiement en trop. Étant donné que le remboursement était autorisé par le sous-alinéa 164(1)a)(iii), partant, il était conforme à une disposition de la Loi. Il s’ensuivait que les paragraphes 160.1(1) et (3) étaient la cotisation de 2015. La Cour de l’impôt a eu raison de dire que subordonner l’application des paragraphes 160.1(1) et (3) de la Loi

subsections 160.1(1) and 160.1(3) of the Act to the issuance of a prior reassessment constrained by a time limit would run against the plain language of these provisions which empower the Minister to determine that an excessive refund has been made and to recover it “at any time” by way of an assessment. Here, this determination necessarily flowed from the fact that the respondent generated a taxable capital gain totaling \$3 952 238 in circumstances where the tax paid on that account had been refunded, plus accrued interest, five years earlier. Nothing more was required in order for the Minister to determine that there had been an excessive refund as described in subsection 160.1(1) and to recover it by issuing the 2015 assessment pursuant to subsection 160.1(3). Giving these words their plain meaning effectively allows for the determination that an excessive refund of Part I tax has been made after the normal reassessment period has expired, but only for the purpose of allowing the Minister to recover tax that is owed and determined to have been improperly refunded. It followed that the respondent’s contention that the 2015 assessment was not issued in conformity with the Act had to be rejected and the legal validity of this assessment had to be confirmed.

à l’établissement préalable d’une nouvelle cotisation, limité par un délai précis, serait contraire au sens ordinaire des mots qui figurent dans ces dispositions, qui habilite le ministre à déterminer s’il y a eu un remboursement en trop et à le recouvrer « à tout moment » au moyen d’une cotisation. En l’espèce, la conclusion du ministre découlait forcément du fait que l’intimée avait généré un gain en capital imposable totalisant 3 952 238 \$, mais s’était vu rembourser l’impôt payé à ce titre, plus les intérêts courus, cinq ans auparavant. Le ministre n’avait pas besoin d’aller plus loin pour conclure à un remboursement en trop au sens du paragraphe 160.1(1) et pour recouvrer les fonds en établissant la cotisation de 2015 en vertu du paragraphe 160.1(3). Si on interprète l’expression suivant son sens ordinaire, on permet au ministre de déterminer qu’un remboursement excédentaire de l’impôt payable selon la Partie I a été effectué après l’expiration de la période normale de nouvelle cotisation, mais uniquement pour l’habiliter à récupérer l’impôt exigible qui avait été remboursé à tort. Il s’en est suivi que la prétention de l’intimée, selon laquelle la cotisation de 2015 n’avait pas été établie conformément à la Loi, a dû être rejetée, et la validité de cette cotisation confirmée.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*An Act to amend The Income War Tax Act, 1917*, 1919, 9-10 Geo. V, c. 55 (Can.), s. 8(2).  
*An Act to Amend the Income Tax Act*, S.C. 1960, c. 43, s. 15.  
*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11.  
*Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, s. 57(1).  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 2, 46(7), 69, 83(2), 85(1), 152, 160.1, 161.1(1) “overpayment amount”, 161.4(1), 164(1),(3),(3.1),(7) “overpayment”, 165(1.2), 169(3), 171(1), 248(1) “assessment”, (2).  
*Income Tax Act (The)*, S.C. 1948, c. 52, s. 52(1).  
*Income Tax War Act, 1917*, S.C. 1917, c. 28.  
*Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97, s. 56.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Markevich v. Canada*, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94.

##### DISTINGUISHED

*Imperial Oil Resources Limited v. Canada*, 2016 FCA 139, [2016] 4 F.C.R. 389.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 2, 46(7), 69, 83(2), 85(1), 152, 160.1, 160.1(3), 161.1(1) « trop payé », 161.4(1), 164(1),(3),(3.1),(7) « paiement en trop », 165(1.2), 169(3), 171(1), 248(1) « cotisation », (2).  
*Loi de l’impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, ch. 97, art. 56.  
*Loi de l’impôt de Guerre sur le Revenu, 1917*, S.C. 1917, ch. 28.  
*Loi de l’impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 57(1).  
*Loi de l’impôt sur le revenu*, S.C. 1948, ch. 52, art. 52(1).  
*Loi modifiant la Loi de l’Impôt de Guerre sur le Revenu, 1917*, 1919, 9-10 Geo. V, ch. 55 (Can.), art. 8(2).  
*Loi modifiant la Loi de l’impôt sur le revenu*, S.C. 1960, ch. 43, art. 15.  
*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94.

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Imperial Oil Resources Limited c. Canada*, 2016 CAF 139, [2016] 4 R.C.F. 389

## CONSIDERED:

*Freitas v. Canada*, 2018 FCA 110, 2018 D.T.C. 5064; *Okalta Oils Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1955] S.C.R. 824, [1955] 5 D.L.R. 614; *Matte v. The Queen*, [2004] 1 C.T.C. 2823, (2002), 56 D.T.C. 3876.

## REFERRED TO:

*Galway v. M.N.R.*, [1974] 1 F.C. 600 (1974), 2 N.R. 324 (C.A.); *Harris v. Canada*, [2000] 4 F.C. 37, (2000), 256 N.R. 221 (C.A.); *SoftSim Technologies Inc. v. The Queen*, 2012 TCC 181, 2012 D.T.C. 1187; *University Hill Holdings Inc. (589918 B.C. Ltd.) v. Canada*, 2017 FCA 232, [2017] D.T.C. 5131; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Abrahams v. Minister of National Revenue*, [1967] 1 Ex. C.R. 333, (1966), 66 D.T.C. 5453; *Transcanada Pipelines Ltd. v. The Queen*, 2001 FCA 314, 278 N.R. 165; *Lornport Investments Ltd. v. Canada*, [1992] 2 F.C. 293, (1992), 92 D.T.C. 6231 (C.A.); *Canadian Marconi Co. v. Canada*, [1992] 1 F.C. 655, (1991), 91 D.T.C. 5626 (C.A.); *Blackburn Radio Inc. v. The Queen*, 2012 TCC 255, 2012 D.T.C. 1213; *Cougar Helicopters Inc. v. The Queen*, 2017 TCC 126, 2017 D.T.C. 1077; *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149; *Canada v. Interior Savings Credit Union*, 2007 FCA 151, [2007] 4 C.T.C. 55; *Terra Nova Properties Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1967] 2 Ex. C.R. 46, (1967), 67 D.T.C. 5064; *Canada v. Westbrook Management Ltd.* (1996), 96 D.T.C. 6590, [1997] 1 C.T.C. 124 (F.C.A.); *Minister of National Revenue v. Riendeau* (1991), 132 N.R. 157, 91 D.T.C. 5416 (F.C.A.); *The Queen v. Simard-Beaudry Inc.*, [1971] 1 F.C. 396, (1971), 71 D.T.C. 5511 (T.D.); *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Glatt v. Canada (National Revenue)*, 2019 FC 738, 2019 D.T.C. 5074; *Canada v. Bulk Transfer Systems Inc.*, 2005 FCA 94, 2005 D.T.C. 5192; *Canada v. Addison & Leyen Ltd.*, 2007 SCC 33, [2007] 2 S.C.R. 793, revg 2006 FCA 107, [2006] 4 F.C.R. 532.

## AUTHORS CITED

Canada. Canada Revenue Agency. Income Tax Rulings Directorate. Technical Interpretation, No. TI 2009-033435117, “Excessive Refunds”, January 29, 2010.  
 Sherman David M. *Income Tax Act, Department of Finance Technical Notes: a consolidation of technical notes and other income tax commentary from the Department of Finance*, 11th ed., Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

APPEAL from a Tax Court of Canada judgment (2019 TCC 85, [2020] 1 C.T.C. 2001) allowing the respondent’s appeal and vacating an assessment issued by the Minister

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Freitas c. Canada*, 2018 CAF 110; *Okalta Oils Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1955] R.C.S. 824; *Matte c. La Reine*, 2002 CanLII 768 (C.C.I.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Galway c. M.R.N.*, [1974] 1 C.F. 600 (C.A.); *Harris c. Canada*, [2000] 4 C.F. 37 (C.A.); *SoftSim Technologies Inc. c. La Reine*, 2012 CCI 181; *University Hill Holdings Inc. (589918 B.C. Ltd.) c. Canada*, 2017 CAF 232; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Abrahams v. Minister of National Revenue*, [1967] 1 R.C. de l’É. 333; *Transcanada Pipelines Ltd. c. Canada*, 2001 CAF 314; *Lornport Investments Ltd. c. Canada*, [1992] 2 C.F. 293 (C.A.); *Canadian Marconi Co. c. Canada*, [1992] 1 C.F. 655 (C.A.); *Blackburn Radio Inc. c. La Reine*, 2012 CCI 255; *Cougar Helicopters Inc. c. La Reine*, 2017 CCI 126; *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370; *Canada c. Interior Savings Credit Union*, 2007 CAF 151; *Terra Nova Properties Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1967] 2 R.C. de l’É. 46; *Canada c. Westbrook Management Ltd.*, 1996 CanLII 11881 (C.A.F.); *Ministre du Revenu national c. Riendeau*, [1991] A.C.F. n° 559 (QL) (C.A.); *La Reine c. Simard-Beaudry Inc.*, [1971] 1 C.F. 396 (1<sup>re</sup> inst.); *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Glatt c. Canada (Revenu national)*, 2019 CF 738; *Canada c. Bulk Transfer Systems Inc.*, 2005 CAF 94; *Canada c. Addison & Leyen Ltd.*, 2007 CSC 33, [2007] 2 R.C.S. 793, infirmant 2006 CAF 107, [2006] 4 R.C.F. 532

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Agence du revenu du Canada. Direction des décisions de l’impôt. Interprétation technique, n° TI 2009-033435117, « Excessive Refunds », 29 janvier 2010.  
 Sherman David M. *Income Tax Act, Department of Finance Technical Notes: a consolidation of technical notes and other income tax commentary from the Department of Finance*, 11<sup>e</sup> éd., Scarborough, Ont. : Carswell, 1999.

APPEL interjeté contre le jugement rendu par la Cour canadienne de l’impôt (2019 CCI 85), qui a accueilli l’appel interjeté par l’intimée et annulé la cotisation

of National Revenue under the *Income Tax Act* pertaining to the respondent's 2003 taxation year. Appeal allowed.

établie par le ministre du Revenu national sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ayant trait à son année d'imposition 2003. Appel accueilli.

APPEARANCES

*Simon Petit* and *Chantal Roberge* for appellant.  
*Barry Landy* for respondent.

ONT COMPARU :

*Simon Petit* et *Chantal Roberge* pour l'appelante.  
*Barry Landy* pour l'intimée.

SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Spiegel Sohmer*, Montréal, for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*La sous-procureure générale du Canada* pour l'appelante.  
*Spiegel Sohmer*, Montréal, pour l'intimée.

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

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

[1] NOËL C.J.: This is an appeal brought by Her Majesty the Queen (the Crown or the appellant) from a judgment of the Tax Court of Canada (2019 TCC 85, [2020] 1 C.T.C. 2001 [reasons]), wherein Smith J. (the Tax Court Judge) allowed the appeal brought by 984274 Alberta Inc. (the respondent or Alberta) and vacated an assessment issued by the Minister of National Revenue (the Minister) under the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (the Act) pertaining to the respondent's 2003 taxation year.

[1] LE JUGE EN CHEF NOËL : La Cour est saisie de l'appel interjeté par Sa Majesté la Reine (la Couronne ou l'appelante) contre le jugement rendu par la Cour canadienne de l'impôt (2019 CCI 85 [motifs]) par lequel le juge Smith (le juge de la Cour de l'impôt) a accueilli l'appel interjeté par 984274 Alberta Inc. (l'intimée ou Alberta) et annulé la cotisation établie par le ministre du Revenu national (le ministre) sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 (la Loi) ayant trait à son année d'imposition 2003.

[2] The question to be decided is whether this assessment dated March 23, 2015 (the 2015 assessment) was validly issued when regard is had to the relevant provisions of the Act. The Tax Court Judge answered this question in the negative on the basis that the 2015 assessment was issued beyond the normal reassessment period and subsection 169(3) dealing with out-of-court settlements did not save it given that the respondent was not a party to the settled appeal. He also concluded that although subsections 160.1(1) and 160.1(3) and subsection 164(3.1) allowed for the issuance of an assessment out of time, these provisions were not validly invoked on the facts of this case.

[2] La question à trancher est celle de savoir si la cotisation du 23 mars 2015 (la cotisation de 2015) était valide, compte tenu des dispositions pertinentes de la Loi. Le juge de la Cour de l'impôt répond à cette question par la négative, concluant que la cotisation de 2015 a été établie en dehors de la période normale de nouvelle cotisation et que le paragraphe 169(3), qui porte sur les règlements extrajudiciaires, ne permet pas de rendre la cotisation valide, car l'intimée n'était pas partie à l'appel ayant fait l'objet d'un règlement. Il conclut également que, même si la cotisation pouvait être établie en dehors de la période normale de cotisation, par application des paragraphes 160.1(1) et (3) ainsi que 164(3.1), ces dispositions ne jouent pas en l'espèce, vu les faits de l'affaire.

[3] The appellant contends that the Tax Court Judge erred on both counts and argues that the Minister could

[3] Selon l'appelante, le juge de la Cour de l'impôt s'est trompé dans les deux cas. Elle fait valoir qu'il était

by way of the 2015 assessment recover an excessive tax refund of \$1 809 598 paid to the respondent in 2010, plus accrued interest.

[4] The respondent supports the holding that subsection 169(3) does not extend to it as it was not a party in the settled appeal. Further, the respondent argues that the Tax Court Judge was correct in holding that none of the excessive refund provisions invoked by the Minister authorized the issuance of the 2015 assessment.

[5] For the reasons which follow, I am of the view that the appeal should be allowed.

[6] The provisions of the Act that are relevant to the analysis appear at the end of these reasons.

#### FACTS

[7] The appeal before the Tax Court proceeded on the basis of an agreed statement of facts, a copy of which is appended to the judgment under appeal. The following sets out the salient features together with a few other relevant facts revealed by the record.

[8] The respondent was incorporated under the laws of the Province of Alberta on April 16, 2002, as a wholly owned subsidiary of Henro Holdings Corporation (Henro).

[9] On April 24, 2002, Henro transferred to the respondent 84 acres of land that it had acquired in 1987 (the land). Both Henro and the respondent considered the land to be capital property, and the transfer was made on a rollover basis further to a joint election made pursuant to subsection 85(1) of the Act. Later that day, the respondent sold the land to an arm's length party.

[10] On September 5, 2002, and again on November 18, 2002, the respondent distributed part of the proceeds of the sale to Henro by the payment of capital dividends pursuant to subsection 83(2) of the Act in the amounts of \$1 250 000 and \$2 702 238 respectively.

loisible au ministre en établissant la cotisation de 2015 de récupérer le remboursement d'impôt de 1 809 598 \$, plus les intérêts courus, versé en trop à l'intimée en 2010.

[4] L'intimée est d'accord sur la conclusion que le paragraphe 169(3) ne s'applique pas dans son cas, car elle n'est pas partie à l'appel s'étant soldé par la conclusion de l'entente. En outre, selon elle, c'est à bon droit que le juge de la Cour de l'impôt a conclu qu'aucune des dispositions régissant les remboursements excessifs invoqués par le ministre n'habilitait ce dernier à établir la cotisation de 2015.

[5] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir l'appel.

[6] Les dispositions pertinentes de la Loi sont reproduites à la fin des motifs.

#### FAITS

[7] L'appel devant la Cour de l'impôt était sous-tendu par un énoncé conjoint des faits, dont une copie figure à l'annexe du jugement dont il est interjeté appel. Suivent les principaux faits ainsi que les autres éléments pertinents qui ressortent du dossier.

[8] L'intimée a été constituée en société sous le régime des lois de l'Alberta le 16 avril 2002, à titre de filiale en propriété exclusive de Henro Holdings Corporation (Henro).

[9] Le 24 avril 2002, Henro transfère à l'intimée un terrain de 84 acres (le terrain) qu'elle a acquis en 1987. Selon Henro et l'intimée, le terrain constitue une immobilisation. Le transfert est fait par roulement suivant le choix fait en application du paragraphe 85(1) de la Loi. Plus tard le même jour, l'intimée vend le terrain à un tiers avec qui elle n'a pas de lien de dépendance.

[10] Le 5 septembre 2002 et le 18 novembre 2002, l'intimée distribue une partie des profits de la vente à Henro sous la forme de dividendes en capital, en application du paragraphe 83(2) de la Loi. Les sommes versées s'établissent respectivement à 1 250 000 \$ et 2 702 238 \$.

[11] In computing its income for its taxation year ended March 31, 2003, the respondent reported a taxable capital gain of \$3 952 238 resulting from the sale of the land. On June 23, 2003, the Minister issued a notice of assessment levying Part I [sections 2 to 180] tax in the amount of \$1 809 598 (the 2003 assessment). A notice of reassessment was issued for the same year on October 23, 2003, which left the initial assessment unaltered and acknowledged full receipt of the tax payable for the year (the 2003 reassessment).

[12] Given the date of issuance of the 2003 assessment, the normal reassessment period for the respondent's 2003 taxation year ended on June 23, 2006 (subsection 152(3.1) of the Act).

[13] Some time in June 2006—the exact date is not revealed—the Canada Revenue Agency (CRA) informed Henro that it had been selected for an audit. On July 20, 2007, the CRA advised Henro that it proposed to reassess its 2003 through 2007 taxation years on the basis that the land transferred to the respondent was inventory rather than capital property, and therefore not eligible for the joint election made pursuant to subsection 85(1) of the Act.

[14] On June 8, 2009, the CRA informed Henro's legal representative that the respondent's normal reassessment period was coming to an end and asked that a waiver be signed in order to allow the CRA to refund the taxes the respondent paid on the capital gain reported for its 2003 taxation year. Despite the fact that the time for filing a waiver for that year had expired, the respondent agreed to file a waiver for that purpose (subparagraph 152(4)(a)(ii) and subsection 152(3.1) of the Act).

[15] Between December 2009 and July 2010, the CRA gave effect to its proposal and assessed and reassessed Henro under Parts I, III [sections 184 to 185] and IV [sections 186 to 187] of the Act. The Part III tax was assessed by reason of the excessive capital dividend paid by Henro to its shareholders resulting from the CRA's treatment of the land as inventory. Henro objected to these assessments and reassessments.

[11] Dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition se terminant le 31 mars 2003, l'intimée déclare un gain en capital imposable de 3 952 238 \$ issu de la vente du terrain. Le 23 juin 2003, le ministre l'informe, par avis de cotisation, qu'elle est redevable, suivant la partie I [articles 2 à 180] de la Loi, d'un impôt établi à 1 809 598 \$ (la cotisation de 2003). Un avis de nouvelle cotisation pour la même année d'imposition lui est transmis le 23 octobre 2003 l'informant que la cotisation initiale demeure inchangée et accusant réception du versement intégral de l'impôt pour l'année (la nouvelle cotisation de 2003).

[12] Vu la date d'émission de la cotisation de 2003, la période normale de nouvelle cotisation pour l'année d'imposition 2003 de l'intimée expirait le 23 juin 2006 (paragraphe 152(3.1) de la Loi).

[13] En juin 2006 — la date exacte n'est pas mentionnée —, l'Agence du revenu du Canada (l'ARC) informe Henro qu'elle fera l'objet d'une vérification. Le 20 juillet 2007, l'ARC avise Henro qu'elle va établir de nouvelles cotisations à l'égard de ses années d'imposition 2003 à 2007. Selon l'ARC, le terrain transféré à l'intimée constituait un bien à porter à l'inventaire plutôt qu'une immobilisation, et ne pouvait donc être visé par le choix conjoint fait au titre du paragraphe 85(1) de la Loi.

[14] Le 8 juin 2009, l'ARC informe l'avocat d'Henro que la période normale de nouvelle cotisation de l'intimée arrive à expiration et a demandé que cette dernière y renonce par écrit pour permettre à l'ARC de lui rembourser l'impôt payé sur le gain en capital déclaré à l'égard de son année d'imposition 2003. Même si le délai applicable à cette année est déjà expiré, l'intimée accepte de présenter une renonciation à cette fin (sous-alinéa 152(4)a)(ii) et paragraphe 152(3.1) de la Loi).

[15] Entre décembre 2009 et juillet 2010, l'ARC établit des cotisations et nouvelles cotisations, comme il l'a annoncé, à l'égard de Henro au titre des parties I, III [articles 184 et 185] et IV [articles 186 à 187] de la Loi. La cotisation établie au regard de l'impôt payable selon la partie III résulte des dividendes en capital excessifs versés par Henro à ses actionnaires, vu la décision de l'ARC d'assimiler le terrain à un bien à porter à l'inventaire.

[16] The direct consequence of these assessments was that the land that was transferred to the respondent during its 2003 taxation year was deemed by section 69 to have been acquired at its fair market value and that, as a result, no income was generated by the respondent on the arm's length sale that took place the same day. Consistent with this view, the Minister, by notice of reassessment issued in 2010 (the 2010 reassessment or the nil assessment), reduced the taxable capital gain reported by the respondent for its 2003 taxation year from \$3 952 238 to nil and refunded the respondent the amount of \$2 577 231 representing the taxes paid in the amount of \$1 809 598 on the reported taxable capital gain in 2003, plus refund interest in the amount of \$767 633. The respondent accepted this payment (the 2010 payment).

[17] Both the appellant and the respondent argued their case before the Tax Court Judge on the basis that the 2010 reassessment was void and of no effect as it was issued after the respondent's normal reassessment period had expired (agreed statement of facts, paragraph 30). However, before this Court the parties have changed their position on this point. The appellant now takes the view that the 2010 reassessment was voidable rather than void and the respondent argues that it was either void or not a reassessment at all.

[18] In April 2012, the CRA confirmed the Part I reassessments and Parts III and IV assessments issued against Henro. An appeal was subsequently filed before the Tax Court.

[19] Settlement discussions took place and, in July 2014, representatives of the CRA and Henro executed an agreement settling the outstanding appeal before the Tax Court. The agreement is titled "Out of Court Settlement pursuant [to] subsection 169(3) of the [Act]" and is co-signed by the respondent. The respondent recognizes that although not a party to the appeal settled by the agreement, it was a party to the agreement (memorandum of the respondent, paragraph 20).

Henro présente des objections à ces cotisations et nouvelles cotisations.

[16] Les cotisations ont la conséquence directe suivante : le terrain transféré à l'intimée au cours de son année d'imposition 2003 était réputé, par application de l'article 69, avoir été acquis à sa juste valeur marchande; la vente du terrain le même jour à un tiers avec qui l'intimée n'avait aucun lien de dépendance n'a donc généré aucun revenu pour l'intimée. Ainsi, le ministre, par voie d'avis de nouvelle cotisation délivré en 2010 (la nouvelle cotisation de 2010 ou la cotisation néant), réduit la valeur du gain en capital imposable déclaré par l'intimée à l'égard de son année d'imposition 2003, la faisant passer de 3 952 238 \$ à zéro, et rembourse à l'intimée 2 577 231 \$, soit l'impôt payé (1 809 598 \$) sur le gain en capital imposable déclaré en 2003, plus l'intérêt applicable (767 633 \$). L'intimée accepte le versement (le versement de 2010).

[17] L'appelante et l'intimée ont plaidé devant le juge de la Cour de l'impôt que la nouvelle cotisation de 2010 n'était pas valide, car elle avait été établie après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation de l'intimée (énoncé conjoint des faits, paragraphe 30). Or, comme nous l'indiquons ci-après, les parties ont depuis changé leur fusil d'épaule. Selon l'appelante, la nouvelle cotisation de 2010 était susceptible d'invalidité, plutôt qu'invalidité. Pour sa part, l'intimée prétend qu'elle est invalide ou qu'elle ne constitue pas véritablement une cotisation.

[18] En avril 2012, l'ARC confirme les nouvelles cotisations établies au titre de la partie I et les cotisations établies au titre des parties III et IV à l'égard de Henro. Un appel est interjeté devant la Cour de l'impôt.

[19] Des discussions en vue d'un règlement se tiennent. En juillet 2014, les représentants de l'ARC et de Henro concluent une entente de règlement de l'appel interjeté à la Cour de l'impôt intitulée [TRADUCTION] « Règlement extrajudiciaire intervenu en vertu du paragraphe 169(3) de la Loi ». L'entente a été signée également par l'intimée. Cette dernière reconnaît que, si elle n'est pas partie à l'appel ayant fait l'objet du règlement,



[20] The settlement agreement stipulates, among other things, that Henro would be reassessed to reverse the treatment of the transferred land from inventory to capital property, and that the respondent's 2003 taxation year would be reassessed to add to its income an amount of \$7 904 475 of capital gain (\$3 952 238 taxable capital gain).

[21] On March 23, 2015, the Minister issued the 2015 assessment which claimed back the 2010 payment, including the refund interest, plus arrears interest since 2010 on the basis that the transferred land was capital property and that taxes were payable by the respondent as originally reported and assessed. Beyond subsection 169(3), the 2015 assessment is said to have been issued pursuant to subsections 160.1(1), 160.1(3) and 164(3.1) of the Act (reply to the notice of appeal, paragraph 1, appeal book, Vol. 1, page 72).

[22] Despite having signed the settlement agreement, the respondent objected to the 2015 assessment and brought the matter before the Tax Court. In so doing, it acknowledged, issues of prescription aside, that the Minister could pursue a contractual claim in the Superior Court of Quebec to recover the tax and interest that were reimbursed in error (memorandum of the respondent, paragraph 23).

[23] The Tax Court Judge allowed the appeal holding essentially that the respondent was not a proper party to the out-of-court settlement made pursuant to subsection 169(3) of the Act, and that the 2010 payment could not otherwise be reclaimed pursuant to subsections 160.1(3) and 164(3.1) as it was not an authorized refund under the Act.

#### DECISION UNDER APPEAL

[24] The Tax Court Judge first outlined the respondent's position in the matter before him as follows (reasons, paragraph 27):

elle est partie à l'entente de règlement (mémoire de l'intimée, paragraphe 20).

[20] Aux termes de l'entente de règlement, entre autres choses, une nouvelle cotisation est établie à l'égard d'Henro, suivant laquelle le terrain transféré est de nouveau considéré comme une immobilisation, et non comme un bien à porter à l'inventaire, ainsi qu'à l'égard de l'intimée, pour l'année d'imposition 2003, suivant laquelle 7 904 475 \$ sont ajoutés au titre des gains en capital (3 952 238 \$ de ceux-ci étant imposables).

[21] Le 23 mars 2015, le ministre établit la cotisation de 2015 ayant pour effet le recouvrement du versement de 2010, y compris le remboursement des intérêts, et des intérêts sur les arriérés depuis 2010. Le ministre estime alors que le terrain transféré constitue une immobilisation et que l'intimée est redevable de l'impôt applicable, comme sa déclaration et la cotisation initiales l'indiquent. La cotisation de 2015 est fondée sur le paragraphe 169(3) de la Loi, ainsi que sur les paragraphes 160.1(1) et (3) et le paragraphe 164(3.1) (réponse à l'avis d'appel, paragraphe 1, dossier d'appel, vol. 1, page 72).

[22] L'intimée présente une objection à la cotisation de 2015, et ce même si elle a signé l'entente de règlement, et interjette appel à la Cour de l'impôt. Elle reconnaît ainsi, sans aborder la question de la prescription, qu'il est loisible au ministre de la poursuivre en inexécution de contrat, devant la Cour supérieure du Québec, pour recouvrer l'impôt et les intérêts remboursés par erreur (mémoire de l'intimée, paragraphe 23).

[23] Le juge de la Cour de l'impôt accueille l'appel. Essentiellement, il conclut que l'intimée n'est pas véritablement partie au règlement extrajudiciaire intervenu en vertu du paragraphe 169(3) de la Loi et que le versement de 2010 ne peut être récupéré par application des paragraphes 160.1(3) et 164(3.1), car il ne s'agit pas d'un remboursement autorisé par la Loi.

#### DÉCISION FAISANT L'OBJET DE L'APPEL

[24] Le juge de la Cour de l'impôt résume ainsi la thèse de l'intimée (motifs, paragraphe 27) :

The Appellant's [respondent before us] position is that the Minister had no statutory authority to make [the 2010 payment]. The tax on the capital gain was assessed in 2003 and paid at that time. [The 2010 payment] was simply an amount paid in error and the Minister's recourse is in civil law under the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C. 1985, c. C-50, before a court of competent jurisdiction.

[25] He identified three preliminary issues: "Is the 2010 Reassessment null and void?", "What is the effect of the 2010 Reassessment being null and void?" and "Is the Appellant bound by the Settlement?". After reviewing the relevant provisions and the case law relating to subsection 152(8), he concluded that the 2010 reassessment, having been issued beyond the expiration of the normal reassessment period, was null and void (reasons, paragraphs 39–49). This last holding was consistent with the position advocated by the parties in the matter before him.

[26] The Tax Court Judge then quickly answered his second preliminary question by holding that as a result of the foregoing, the 2003 assessment, which assessed the capital gain in the hands of the respondent as reported, remained in effect (reasons, paragraphs 50–52).

[27] The Tax Court Judge went on to consider whether subsection 169(3) applied to the respondent, specifically, whether the respondent was barred from objecting to the 2015 assessment by reason of subsection 165(1.2) (reasons, paragraph 56). After conducting a brief textual analysis, the Tax Court Judge concluded that subsection 169(3) could only apply to a party to the appeal that had been settled, which the respondent was not. Given this, he held that the respondent was not precluded from objecting to the 2015 assessment (reasons, paragraphs 60, 62).

[28] The Tax Court Judge then considered the question whether the 2010 payment was authorized to be made by subsections 164(1) and 164(3) of the Act (reasons, paragraphs 63–81). Specifically, he asked whether this payment qualified as a tax refund, with accrued interest, within the meaning of subsections 164(1), 164(3) and 164(7) of the Act. Given his earlier finding that the

L'appelante [l'intimée devant nous] soutient que le ministre n'était pas autorisé par la loi à faire le [versement de 2010]. L'impôt sur le gain en capital a été établi en 2003 et payé à ce moment. Le [versement de 2010] consiste simplement en une somme payée par erreur et le ministre a un recours civil, aux termes de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, ch. C-50, devant une juridiction compétente.

[25] Il recense trois questions préliminaires, à savoir « La nouvelle cotisation de 2010 est-elle nulle et non avenue? », « Quelle est la conséquence du caractère nul et non avenue de la nouvelle cotisation de 2010? » et « L'appelante est-elle liée par la transaction? ». À la lumière des dispositions pertinentes et de la jurisprudence portant sur le paragraphe 152(8), il conclut à l'invalidité de la nouvelle cotisation de 2010, car elle a été établie après l'expiration de la période normale de cotisation (motifs, paragraphes 39 à 49). Cette conclusion est conforme à la thèse des parties dans l'affaire à trancher.

[26] Le juge de la Cour de l'impôt répond ensuite de manière concise à la deuxième question préliminaire. Il estime que, partant, la cotisation de 2003 — suivant laquelle le gain en capital doit être attribué à l'intimée, comme elle l'a initialement déclaré — demeure en vigueur (motifs, paragraphes 50 à 52).

[27] Ensuite, le juge de la Cour de l'impôt s'attache à décider si le paragraphe 169(3) s'applique à l'intimée et, plus précisément, si le paragraphe 165(1.2) empêche cette dernière de présenter une objection à la cotisation de 2015 (motifs, paragraphe 56). Après une courte analyse textuelle, il conclut que le paragraphe 169(3) ne s'applique qu'à une partie à un appel ayant fait l'objet d'un règlement, ce que l'intimée n'est pas. Il est donc d'avis qu'il est loisible à l'intimée de présenter une objection à la cotisation de 2015 (motifs, paragraphes 60 et 62).

[28] Le juge de la Cour de l'impôt se penche ensuite sur la question de savoir si le versement de 2010 est autorisé par les paragraphes 164(1) et 164(3) de la Loi (motifs, paragraphes 63 à 81). Plus précisément, il cherche à savoir s'il s'agit d'un remboursement d'impôt avec intérêts courus, pour l'application des paragraphes 164(1) et (3) et du paragraphe 164(7) de la Loi. Vu sa conclusion

2010 reassessment was void and that the 2003 assessment subsisted, he observed that the Crown could not have made an “overpayment” within the meaning of subsection 164(7). As there was no “overpayment”, the Tax Court judge reasoned that the 2010 payment could not be viewed as a refund under subsections 164(1) and 164(3) (reasons, paragraphs 75–79).

[29] The Tax Court Judge then considered whether the 2010 payment was still in the nature of a refund pursuant to subsections 160.1(1) and 160.1(3) so as to allow refund interest to be claimed pursuant to subsection 164(3.1) (reasons, paragraph 84). After repeating that the 2010 payment was not authorized under subsection 164(1), he went on to hold that refund interest could not be claimed (reasons, paragraphs 85–90).

[30] Under a separate heading, the Tax Court Judge then considered whether the Minister was entitled to reassess pursuant to subsections 160.1(1) and 160.1(3). He first rejected the respondent’s contention that these provisions require the Minister to make a prior determination pursuant to another provision of the Act (reasons, paragraphs 94–99).

[31] He then rejected the respondent’s further contention that subsections 160.1(1) and 160.1(3) require that a refund be claimed by a taxpayer before these provisions can be invoked (reasons, paragraphs 100–106).

[32] However, he went on to accept the respondent’s contention that in order for subsection 160.1(1) to apply, the taxpayer must have received a refund pursuant to a specific provision of the Act in excess of what they are entitled to (reasons, paragraphs 107–117). As in this case the 2010 payment was not made pursuant to a specific provision of the Act, he held that subsection 160.1(1) could not be validly invoked (reasons, paragraph 118).

quant à l’invalidité de la nouvelle cotisation de 2010 et à la validité continue de la cotisation de 2003, il fait remarquer que la Couronne ne pouvait avoir effectué un « paiement en trop » au sens où il faut l’entendre pour l’application du paragraphe 164(7). Selon le juge de la Cour de l’impôt, étant donné l’absence de « paiement en trop », le versement de 2010 ne peut être assimilé au remboursement prévu aux paragraphes 164(1) et (3) (motifs, paragraphes 75 à 79).

[29] Le juge de la Cour de l’impôt demande ensuite si le versement de 2010 tient néanmoins de la nature du remboursement prévu aux paragraphes 160.1(1) et (3) de telle sorte que les intérêts sur le remboursement sont récupérables en vertu du paragraphe 164(3.1) (motifs, paragraphe 84). Ayant répété que le versement de 2010 n’est pas autorisé par le paragraphe 164(1), il conclut que ces intérêts ne sont pas récupérables (motifs, paragraphes 85 à 90).

[30] Sous une rubrique différente, le juge de la Cour de l’impôt s’attache à déterminer si le ministre était autorisé à établir une nouvelle cotisation au titre des paragraphes 160.1(1) et (3). Il rejette tout d’abord la prétention de l’intimée selon laquelle ces dispositions obligent le ministre à tirer une conclusion au préalable en application d’une autre disposition de la Loi (motifs, paragraphes 94 à 99).

[31] Il rejette ensuite l’autre prétention de l’intimée selon laquelle, pour que les paragraphes 160.1(1) et (3) puissent être invoqués, il faut que le contribuable ait demandé un remboursement (motifs, paragraphes 100 à 106).

[32] Toutefois, il accepte la prétention de l’intimée suivant laquelle, pour que le paragraphe 160.1(1) s’applique, il faut que le contribuable ait reçu un remboursement, au titre d’une disposition précise de la Loi, dont le montant excède la valeur du remboursement auquel il avait droit (motifs, paragraphes 107 à 117). Étant donné que le versement de 2010 en l’espèce n’a été effectué au titre d’aucune disposition précise de la Loi, le juge de la Cour de l’impôt estime que le paragraphe 160.1(1) ne peut être invoqué à bon droit (motifs, paragraphe 118).

[33] Finally, the Tax Court Judge held that even if subsection 160.1(1) applies to “refunds” within the ordinary definition of the word, without coming within any specific provision of the Act, this provision was nevertheless inapplicable (reasons, paragraphs 120–134). The crux of the decision on this aspect and all others is that as the 2003 assessment remained in effect throughout, no overpayment had been made and therefore no refund could be recovered.

[34] The Tax Court Judge therefore allowed the appeal on the basis that the 2015 assessment was not issued in compliance with subsections 160.1(1), 160.1(3), and 164(3.1) of the Act (reasons, paragraph 135).

#### POSITION OF THE CROWN

[35] In support of its appeal, the Crown argues that the respondent is bound by the out-of-court settlement agreement that it signed to resolve Henro’s appeal when regard is had to the text, context and purpose of subsection 169(3) of the Act. According to the Crown, this provision was enacted to facilitate the settlement of Tax Court appeals by also resolving ancillary matters that need not necessarily fall under its jurisdiction. This is to be contrasted with consents to judgment made pursuant to subsection 171(1) which are limited in this manner (memorandum of the Crown, paragraphs 30–31, 36).

[36] Focusing on the text, the Crown contends that the wording of subsection 169(3) allows the Minister to reassess the taxpayer “for the purpose of disposing of an appeal made under a provision of this Act”. The expression “the taxpayer” refers to any taxpayer who has consented to being reassessed. In holding that these words exclude the respondent, the Tax Court Judge erred, argues the Crown, as this amounts to substituting the word “taxpayer” with “a party to the appeal” (memorandum of the Crown, paragraphs 32–34).

[37] Relying on the recent decision of this Court in *Freitas v. Canada*, 2018 FCA 110, 2018 D.T.C. 5064 (*Freitas*), where it was held that a statute-barred reassessment was voidable rather than void, the Crown

[33] Enfin, le juge de la Cour de l’impôt conclut que, même si le paragraphe 160.1(1) renvoie à un « remboursement » suivant le sens ordinaire de ce mot, le versement n’ayant été effectué au titre d’aucune disposition précise, cette disposition n’est pas applicable (motifs, paragraphes 120 à 134). La décision — à cet égard et à tous les autres — porte essentiellement que la cotisation de 2003 est restée en vigueur; aucun versement excessif n’a donc été fait, et aucun remboursement ne peut donc être récupéré.

[34] Le juge de la Cour de l’impôt accueille l’appel, concluant que la cotisation de 2015 n’a pas été établie conformément aux paragraphes 160.1(1) et (3) et au paragraphe 164(3.1) de la Loi (motifs, paragraphe 135).

#### THÈSE DE LA COURONNE

[35] La Couronne affirme que, compte tenu du texte, du contexte et de l’objet du paragraphe 169(3) de la Loi, l’intimée est liée par l’entente de règlement extrajudiciaire qu’elle a signée en vue du règlement de l’appel interjeté par Henro. Selon la Couronne, cette disposition a pour objet de favoriser le règlement d’appels devant la Cour de l’impôt en permettant le règlement de questions connexes qui ne relèvent pas nécessairement de cette dernière. Elle se distingue du paragraphe 171(1) qui prévoit le jugement sur consentement, qui est très limité (mémoire de la Couronne, paragraphes 30 à 31 et 36).

[36] À propos du texte, la Couronne soutient que le libellé du paragraphe 169(3) habilite le ministre à établir une nouvelle cotisation à l’égard d’un contribuable « en vue de régler un appel interjeté en application d’une disposition de la présente loi ». Le terme « contribuable » renvoie à tout contribuable qui a consenti à une nouvelle cotisation. Selon la Couronne, le juge de la Cour de l’impôt a décidé à tort que ce terme ne visait pas l’intimée, car sa décision revient à substituer « une partie à l’appel » au « contribuable » (mémoire de la Couronne, paragraphes 32 à 34).

[37] Invoquant l’arrêt récent *Freitas c. Canada*, 2018 CAF 110 (*Freitas*), dans laquelle notre Cour conclut qu’une nouvelle cotisation établie après l’expiration de la période de nouvelle cotisation est susceptible

moves away from the position that it took before the Tax Court Judge and now argues that the 2010 reassessment was validly issued. When regard is had to *Freitas*, the 2010 reassessment effectively reversed the capital gain of \$7 904 475 assessed by the 2003 assessment and reduced the respondent's tax to nil thereby giving rise to an overpayment (memorandum of the Crown, paragraph 44).

[38] At the hearing, the appellant recognized that the 2010 reassessment was a nil assessment and could, on that account, be issued at any time, but was unclear about the repercussions that this could have on the validity of the 2015 assessment. However, counsel was clear that the nil assessment is to be viewed as an assessment for purposes of subparagraph 164(1)(a)(iii), and that consequently, the 2010 payment qualifies as a refund under the Act.

[39] Finally, the Crown submits that the Tax Court Judge erred by carving out the 2010 payment from the application of subsections 160.1(1), 160.1(3) and 164(3.1) as these provisions expressly confer on the Minister the power to assess excess refunds, at any time, regardless of whether those refunds were paid in conformity with the Act or paid in error (memorandum of the Crown, paragraphs 56–57, 60).

#### POSITION OF THE RESPONDENT

[40] In its recital of the facts, the respondent asserts that the recovery of refund and arrears interest were not contemplated by the settlement agreement (memorandum of the respondent, paragraphs 21–22). In so stating, it omits to point to paragraph 12 of the settlement agreement which addresses the issue of interest in specific terms and identifies those that the Minister agreed to waive.

[41] This may explain why the respondent made no submissions on this question and claimed no specific relief with respect to interest. The only position advocated by the respondent before us is that the 2015 assessment

d'annulation, et non invalide, la Couronne, contrairement à ce qu'elle affirmait devant le juge de la Cour de l'impôt, soutient devant nous que la nouvelle cotisation de 2010 était valide. Compte tenu de l'arrêt *Freitas*, la nouvelle cotisation de 2010 a eu pour effet d'annuler le gain en capital d'une somme de 7 904 475 \$ qui avait été établi dans la cotisation de 2003 et de ramener à zéro le montant de l'impôt exigible, ce qui a emporté un versement excessif (mémoire de la Couronne, paragraphe 44).

[38] À l'audience, l'appelante a reconnu que la nouvelle cotisation de 2010 portait qu'aucun impôt n'était payable. Ainsi, elle pouvait être établie à tout moment, mais elle n'a pas expliqué clairement les conséquences possibles sur la validité de la cotisation de 2015. En revanche, l'avocat de l'appelante a indiqué clairement que la cotisation néant constituait une cotisation pour l'application du sous-alinéa 164(1)a)(iii) et que, par conséquent, le versement de 2010 constitue un remboursement sous le régime de la Loi.

[39] Enfin, la Couronne fait valoir que c'est à tort que le juge de la Cour de l'impôt a conclu que les paragraphes 160.1(1) et (3) et le paragraphe 164(3.1) ne s'appliquaient pas au versement de 2010, car ces dispositions habilite expressément le ministre à déterminer s'il y a eu un remboursement excessif, à tout moment, peu importe que le remboursement ait été fait conformément à la Loi ou par erreur (mémoire de la Couronne, paragraphes 56, 57 et 60).

#### THÈSE DE L'INTIMÉE

[40] Dans son exposé des faits, l'intimée affirme que le recouvrement du remboursement et des arriérés d'intérêts n'était pas prévu dans l'entente de règlement (mémoire de l'intimée, paragraphes 21 et 22). Elle fait ainsi fi du paragraphe 12 de l'entente de règlement qui porte expressément sur les intérêts et indique ceux auxquels le ministre consent à renoncer.

[41] Ce qui explique peut-être pourquoi l'intimée n'a présenté aucune observation à ce sujet, et ne demande aucune réparation particulière à l'égard des intérêts. La seule thèse qu'elle invoque devant nous porte que la

was not issued in conformity with the Act and must for that reason be vacated in its entirety (memorandum of the respondent, paragraphs 32–77).

[42] In support of this position, the respondent first argues that subsection 169(3) to which reference is made in the settlement agreement does not apply to it as concluding otherwise is inconsistent with the scheme of the Act (memorandum of the respondent, paragraphs 39–42). It recognizes being a party to this agreement, but maintains that subsection 169(3) does not apply to it as it was not a party to the appeal being settled. According to the respondent, the words of subsection 169(3) are clear and unambiguous and must therefore be applied in such a way “that is not tendentious or result-oriented” (memorandum of the respondent, paragraph 43).

[43] The respondent further argues that the Crown’s proposed construction of subsection 169(3) fails to take into account its introductory words: “Notwithstanding section 152” which clearly signals that “the taxpayer” referred to in subsection 169(3) is the one who was assessed by the Minister under section 152, and has appealed to the Tax Court under subsection 169(1) (memorandum of the respondent, paragraphs 45–46).

[44] The respondent therefore submits that the Tax Court Judge made no error in holding that subsections 169(3) and 165(1.2) did not preclude it from objecting to the 2015 assessment.

[45] Turning to the 2010 reassessment, the respondent adopts the Tax Court Judge’s conclusion that it is null and void by reason of being out of time (memorandum of the respondent, paragraph 47). It challenges the Crown’s reliance on *Freitas*, pointing out that none of the prior case law, which holds otherwise, is mentioned in that case. For this reason, the respondent suggests that *Freitas* was decided per incuriam (memorandum of the respondent, paragraphs 49–50).

[46] The respondent further points out that the 2010 reassessment was a nil assessment and therefore not a

cotisation de 2015 n’a pas été établie conformément à la Loi et doit donc être annulée dans son intégralité (mémoire de l’intimée, paragraphes 32 à 77).

[42] À l’appui de cette thèse, l’intimée soutient tout d’abord que le paragraphe 169(3), mentionné dans l’entente de règlement, ne s’applique pas à cette dernière, car la conclusion contraire n’est pas conforme à l’économie de la Loi (mémoire de l’intimée, paragraphes 39 à 42). Elle admet être partie à l’entente de règlement, mais prétend que le paragraphe 169(3) n’est pas applicable, car elle n’était pas partie à l’appel qui s’est soldé par l’entente. De l’avis de l’intimée, le libellé de la disposition est dépourvu d’ambiguïté; partant, elle doit être appliquée d’une manière [TRADUCTION] « qui n’est pas tendancieuse ou axée sur un quelconque résultat » (mémoire de l’intimée, paragraphe 43).

[43] En outre, l’intimée affirme que l’interprétation que propose la Couronne du paragraphe 169(3) fait fi de son énoncé liminaire : « Malgré l’article 152 ». Il en ressort clairement que le « contribuable » mentionné au paragraphe 169(3) est celui à l’égard duquel le ministre a établi une cotisation sous le régime de l’article 152 et qui a interjeté appel à la Cour de l’impôt en vertu du paragraphe 169(1) (mémoire de l’intimée, paragraphes 45 et 46).

[44] Par conséquent, l’intimée soutient que le juge de la Cour de l’impôt n’a pas fait erreur en concluant que les paragraphes 169(3) et 165(1.2) ne l’empêchaient pas de s’opposer à la cotisation de 2015.

[45] Quant à la nouvelle cotisation de 2010, l’intimée fait sienne la conclusion du juge de la Cour de l’impôt selon laquelle cette cotisation est invalide pour cause de prescription (mémoire de l’intimée, paragraphe 47). Selon elle, la Couronne invoque à mauvais droit l’arrêt *Freitas*, car ce dernier ne mentionne pas la jurisprudence antérieure, qui arrive à la conclusion inverse. Pour cette raison, l’intimée prétend que l’arrêt *Freitas* a été rendu par inadvertance (mémoire de l’intimée, paragraphes 49 à 50).

[46] L’intimée signale également que la nouvelle cotisation de 2010 portait qu’aucun impôt n’était payable

reassessment at all. During the hearing, counsel took the position that a nil assessment is devoid of any legal consequences and accordingly, the 2010 reassessment had no impact on the computation of the respondent's tax payable for the 2003 taxation year.

[47] Turning to the 2015 assessment, the respondent maintains that the provisions relied upon by the Minister in issuing it—subsections 160.1(1), 160.1(3) and 164(3.1)—do not support it. According to the respondent, subsections 160.1(1) and 160.1(3) only authorize the Minister to assess a taxpayer in cases where it has made a prior determination that an excessive refund has been made pursuant to a specific provision of the Act (memorandum of the respondent, paragraphs 53–57, 61).

[48] Consequently, subsection 164(3.1) cannot be validly invoked by the Minister to recoup the interest paid on the refund as the 2010 payment was not a refund authorized to be made under the Act (memorandum of the respondent, paragraph 65).

[49] Moreover, the respondent relies on *Imperial Oil Resources Limited v. Canada*, 2016 FCA 139, [2016] 4 F.C.R. 389 (*Imperial Oil*) to argue that “if an amount is paid but the tax liability for the year is not affected, there is no refund pursuant to section 164 of the Act” (memorandum of the respondent, paragraph 67).

[50] Lastly, the respondent submits that only refunds claimed by a taxpayer can be recovered by the Minister under section 160.1. Given that the respondent never claimed a refund, it argues that the Minister cannot invoke section 160.1 (memorandum of the respondent, paragraphs 64, 75–76). Since the Minister had no statutory authority to make the 2010 payment, the Minister cannot now recoup it by way of assessment under the Act, but should rather proceed before a competent common law or civil law court (memorandum of the respondent, paragraphs 71, 73).

et ne constituait donc pas une véritable nouvelle cotisation. À l'audience, son avocat a fait valoir qu'une cotisation néant est dépourvue de conséquences juridiques et, partant, la nouvelle cotisation de 2010 n'avait pas eu d'incidence sur le calcul de l'impôt dont l'intimée était redevable pour l'année d'imposition 2003.

[47] Quant à la cotisation de 2015, l'intimée soutient que les dispositions invoquées par le ministre pour l'établir, à savoir les paragraphes 160.1(1) et (3) ainsi que le paragraphe 164(3.1), ne l'étaient pas. À son avis, les paragraphes 160.1(1) et 160.1(3) n'autorisent le ministre à établir une cotisation à l'égard d'un contribuable que lorsqu'il a déterminé qu'un remboursement excessif avait été versé en application d'une disposition précise de la Loi (mémoire de l'intimée, paragraphes 53 à 57 et 61).

[48] Par conséquent, le ministre ne saurait invoquer à bon droit le paragraphe 164(3.1) pour recouvrer les intérêts sur le remboursement, car le versement de 2010 ne constituait pas un remboursement autorisé par la Loi (mémoire de l'intimée, paragraphe 65).

[49] En outre, l'intimée fait valoir l'arrêt *Imperial Oil Resources Limited c. Canada*, 2016 CAF 139, [2016] 4 R.C.F. 389 (*Imperial Oil*) pour soutenir qu'[TRADUCTION] « en cas de versement, si l'impôt dont le contribuable est redevable pour l'année demeure inchangé, il n'y a pas de remboursement au titre de l'article 164 de la Loi » (mémoire de l'intimée, paragraphe 67).

[50] Enfin, l'intimée affirme que seuls les remboursements demandés par le contribuable peuvent être recouvrés par le ministre en vertu de l'article 160.1. L'intimée n'ayant jamais demandé le remboursement qui lui a été versé, le ministre ne saurait invoquer l'article 160.1 (mémoire de l'intimée, paragraphes 64 et 75 à 76). Puisque le ministre n'était pas habilité par la Loi à effectuer le versement de 2010, il ne saurait recouvrer les fonds par le truchement d'une cotisation émise en vertu de la Loi; il lui faut se pourvoir devant un tribunal de common law ou de droit civil compétent (mémoire de l'intimée, paragraphes 71 et 73).

## ANALYSIS

[51] It is readily apparent that no settlement agreement could have been reached without the respondent being a party to this agreement and agreeing to be taxed on the capital gain realized in 2003. However, now that its parent, Henro, has reaped the benefit of this agreement, the respondent, with Henro's necessary approval, refuses to honour its part of the bargain and pay back the tax and related interest refunded to it in 2010.

[52] We need not determine, as the Crown asks, whether subsections 169(3) and 165(1.2) preclude the respondent from taking this stand because whether these provisions apply or not, the respondent has the right to challenge the 2015 assessment on the basis that it was not issued in conformity with the Act (*Galway v. M.N.R.*, [1974] 1 F.C. 600, (1974), 2 N.R. 324 (C.A.) (*Galway*); *Harris v. Canada*, [2000] 4 F.C. 37, (2000), 256 N.R. 221 (C.A.); *SoftSim Technologies Inc. v. The Queen*, 2012 TCC 181, 2012 D.T.C. 1187; *University Hill Holdings Inc. (589918 B.C. Ltd.) v. Canada*, 2017 FCA 232, [2017] D.T.C. 5131). The issue that must be decided is whether the Tax Court Judge properly held that the 2015 assessment was not issued in conformity with the Act. This turns on a number of questions of law that are subject to the standard of correctness (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, paragraphs 8, 37).

[53] Before turning to this Court's analysis, I note that although the parties and the Tax Court Judge have throughout referred to the 2003 assessment as the one that was in place when the 2010 reassessment was issued, it had in fact been replaced by the 2003 reassessment. This is a necessary precision (see subsection 152(8), previously subsection 46(7) as applied in *Abrahams v. Minister of National Revenue*, [1967] 1 Ex. C.R. 333, pages 336–337, (1966), 66 D.T.C. 5453; *Transcanada Pipelines Ltd. v. The Queen*, 2001 FCA 314, 278 N.R. 165, paragraph 12), but it has no impact on the outcome since the tax payable remained the same under both the 2003 assessment and the 2003 reassessment.

## ANALYSE

[51] Il est évident que l'entente de règlement n'aurait pu être conclue sans que l'intimée y soit partie et consente à payer l'impôt sur le gain en capital réalisé en 2003. Cependant, une fois que la société mère, Henro, eût profité des avantages que lui procurait l'entente, l'intimée, avec l'approbation nécessaire de Henro, refuse maintenant d'honorer l'engagement qu'elle a pris en concluant l'entente et de rendre le remboursement d'impôt et les intérêts qui lui avaient été versés en 2010.

[52] Point n'est besoin de déterminer, comme le demande la Couronne, si les paragraphes 169(3) et 165(1.2) empêchent l'intimée de faire valoir cette thèse. Que ces dispositions s'appliquent ou non, l'intimée est en droit de contester la cotisation de 2015 au motif qu'elle n'a pas été établie conformément à la Loi (*Galway c. M.R.N.*, [1974] 1 C.F. 600 (C.A.) (*Galway*); *Harris c. Canada*, [2000] 4 C.F. 37 (C.A.); *SoftSim Technologies Inc. c. La Reine*, 2012 CCI 181; *University Hill Holdings Inc. (589918 B.C. Ltd.) c. Canada*, 2017 CAF 232). La question qu'il faut trancher est celle de savoir si c'est à bon droit que le juge de la Cour de l'impôt a conclu que la cotisation de 2015 est sans fondement statutaire. L'affaire soulève plusieurs questions de droit qui sont assujetties à la norme de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, paragraphes 8 et 37).

[53] Avant de procéder à l'analyse, signalons que les parties et le juge de la Cour de l'impôt estimaient que la cotisation de 2003 était en vigueur lorsque la nouvelle cotisation a été établie en 2010. Or, la cotisation de 2003 avait été remplacée par la nouvelle cotisation de 2003. Il s'agit d'une précision nécessaire (voir le paragraphe 152(8), anciennement le paragraphe 46(7) appliqué dans l'arrêt *Abrahams v. Minister of National Revenue*, [1967] 1 R.C. de l'É. 333, pages 336 et 337; *Transcanada Pipelines Ltd. c. La Reine*, 2001 CAF 314, paragraphe 12) qui n'a toutefois aucune incidence sur l'issue de l'appel, car le montant de l'impôt payable n'est pas modifié par la nouvelle cotisation de 2003.



*Was the 2010 reassessment null and void?*

[54] The parties and the Tax Court Judge all proceeded on the basis that the 2010 reassessment was null and void by reason of it having been issued more than three years after the 2003 assessment was issued. All were agreed that because it was null and void, the 2010 reassessment could not supersede the 2003 reassessment. This is instrumental because, if the 2003 reassessment subsisted, the respondent's payment of \$1 809 598 on account of tax for that year cannot be viewed as an "overpayment" within the meaning of subsection 164(7). Absent an "overpayment", the amount repaid to the respondent further to the 2010 reassessment cannot qualify as a "refund", and hence there is no possibility for the Crown to recover an "excessive refund" under subsections 160.1(1), 160.1(3) and 164(3.1).

[55] The appellant now relies on *Freitas*, a decision of this Court released after the hearing before the Tax Court Judge took place, to argue that a reassessment issued out of time is voidable rather than void. As will be seen, nothing turns on this distinction in this case, but the principle according to which an out-of-time reassessment is null and void rather than voidable is firmly entrenched in the case law and is based on sound logic (*Lornport Investments Ltd. v. Canada*, [1992] 2 F.C. 293, (1992), 92 D.T.C. 6231 (C.A.) (*Lornport*); *Canadian Marconi Company v. Canada*, [1992] 1 F.C. 655, (1991), 91 D.T.C. 5626 (C.A.) (*Canadian Marconi*); *Blackburn Radio Inc. v. The Queen*, 2012 TCC 255, 2012 D.T.C. 1213 (*Blackburn Radio*), paragraph 62; *Cougar Helicopters Inc. v. The Queen*, 2017 TCC 126, 2017 D.T.C. 1077). As explained in these cases, subsection 152(8) which deems an assessment to be valid despite any error, defect or omission cannot validate an out-of-time assessment, even temporarily (see in particular *Lornport*, page 297). I agree with the respondent that *Freitas* is not authoritative on this point as the Court manifestly overlooked this established line of cases and did not address the reasoning behind it (*Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149, paragraph 10). Moreover, as the appellant has not otherwise taken issue with this line of cases, there is no basis on which we could depart from it.

*La nouvelle cotisation de 2010 était-elle invalide?*

[54] Les parties et le juge de la Cour de l'impôt estiment que la nouvelle cotisation de 2010 était invalide, car elle avait été établie plus de trois ans après l'émission de la cotisation de 2003. Compte tenu de son invalidité, ils étaient convenus qu'elle ne pouvait remplacer la cotisation de 2003. Cette conclusion est importante; si la cotisation de 2003 est restée en vigueur, le paiement par l'intimée de 1 809 598 \$ en impôts pour cette année ne saurait être assimilé à un « paiement en trop » pour l'application du paragraphe 164(7). Faute d'un « paiement en trop », la somme versée à l'intimée par suite de la nouvelle cotisation de 2010 ne saurait être assimilée à un « remboursement »; la Couronne ne dispose donc d'aucun moyen de recouvrer un « remboursement en trop » pour l'application des paragraphes 160.1(1) et (3) et du paragraphe 164(3.1).

[55] L'appelante invoque l'arrêt *Freitas*, rendu par notre Cour après la tenue de l'audience devant le juge de la Cour de l'impôt en l'espèce, au soutien de son argument selon lequel une nouvelle cotisation établie après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation est susceptible d'invalidité et non invalide. Comme nous l'expliquons ci-après, cette distinction ne joue pas en l'espèce, mais le principe selon lequel la nouvelle cotisation établie après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation est invalide — et non susceptible d'invalidité — est bien ancré dans la jurisprudence et repose sur une logique implacable (*Lornport Investments Ltd. c. Canada*, [1992] 2 C.F. 293 (C.A.) (*Lornport*); *Canadian Marconi Company c. Canada*, [1992] 1 C.F. 655 (C.A.) (*Canadian Marconi*); *Blackburn Radio Inc. c. La Reine*, 2012 CCI 255 (*Blackburn Radio*), paragraphe 62; *Cougar Helicopters Inc. c. La Reine*, 2017 CCI 126). Comme l'explique cette jurisprudence, le paragraphe 152(8), suivant lequel une cotisation est réputée valide malgré tout vice, erreur ou omission, n'a pas pour effet de rendre valide une cotisation établie après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation, et ce même de manière temporaire (voir tout particulièrement *Lornport*, page 297). Je suis d'accord avec l'intimée pour dire que l'arrêt *Freitas* ne fait pas autorité sur cette question, car la Cour n'a manifestement pas tenu compte de ce courant jurisprudentiel ni du raisonnement qui l'étaye (*Miller*

[56] However, before us, the respondent pointed out, citing *Canada v. Interior Savings Credit Union*, 2007 FCA 151, [2007] 4 C.T.C. 55 (*Interior Savings*), that the 2010 reassessment was not a reassessment in the first place (memorandum of the respondent, paragraph 51). Rather, it was a notice that no tax is payable. The Tax Court Judge referred to the fact that the 2010 reassessment levied no tax on numerous occasions (reasons, paragraphs 2, 14, 77), but did not consider the impact that this might have on the matter before him.

*What is the effect of the nil assessment?*

[57] A notice that no tax is payable is commonly called a nil assessment. This is not a total misnomer as although a nil assessment assesses no tax, it operates as an assessment in other respects. This may explain why, to this day, a notice that no tax is payable continues to be issued under the heading “assessment” or “re-assessment” as was the case here (appeal book, Vol. 2, page 138).

[58] Subsection 152(4) gives the Minister the power to “notify in writing any person ... that no tax is payable for the year”. This is the power that was exercised when the 2010 reassessment was issued. A notification that no tax is payable may be issued at any time, because the three-year limit subsequently provided for under that provision does not apply to a notice that no tax is payable. It follows that nothing turns on the fact that the 2010 reassessment was issued after this period had expired or that the waiver for the 2003 taxation year is invalid because it was filed out of time.

[59] It is well established that a nil assessment cannot be appealed because it assesses no tax (*Okalta Oils Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1955] S.C.R. 824, [1955] 5 D.L.R. 614 (*Okalta*), page 826; *Interior Savings*, paragraph 17; *Imperial Oil*, paragraph 61; *Blackburn*

*c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370, paragraphe 10). En outre, comme l’appelante n’a pas contesté ce courant jurisprudentiel, rien ne justifie de s’en écarter.

[56] Or, devant nous, l’intimée affirme, sur le fondement de l’arrêt *Canada c. Interior Savings Credit Union*, 2007 CAF 151 (*Interior Savings*), que la nouvelle cotisation de 2010 n’était pas véritablement une nouvelle cotisation (mémoire de l’intimée, paragraphe 51). Elle soutient qu’il s’agissait d’un avis portant qu’aucun impôt n’était payable. Le juge de la Cour de l’impôt mentionne à plusieurs reprises le fait que la nouvelle cotisation 2010 établissait l’impôt à zéro (motifs, paragraphes 2, 14 et 77), mais omet d’évaluer les répercussions sur l’affaire dont il était saisi.

*Quel est l’effet de la cotisation néant?*

[57] On qualifie souvent l’avis informant le contribuable qu’aucun impôt n’est payable de « cotisation néant ». Il ne s’agit pas véritablement d’une fausse appellation, car cette cotisation néant, si elle ne prélève pas d’impôt, joue le même rôle qu’une cotisation à d’autres égards. C’est vraisemblablement la raison pour laquelle à ce jour l’avis portant qu’aucun impôt n’est payable porte le titre de « cotisation » ou « nouvelle cotisation », comme en l’espèce (mémoire d’appel, vol. 2, page 138).

[58] Le paragraphe 152(4) habilite le ministre à « donner avis par écrit qu’aucun impôt n’est payable pour l’année ». C’est le pouvoir qui a été exercé pour l’établissement de la nouvelle cotisation de 2010. L’avis portant qu’aucun impôt n’est payable peut être délivré en tout temps, car la période de trois ans prévue plus loin dans la disposition ne s’applique pas à l’avis portant qu’aucun impôt n’est payable. Ainsi, il importe peu que la nouvelle cotisation de 2010 ait été établie après l’expiration de ce délai ou que la renonciation à l’égard de l’année d’imposition 2003 fût invalide pour cause de prescription.

[59] Il est un principe bien établi qu’une cotisation néant ne peut être l’objet d’un appel, car elle n’établit pas le montant de l’impôt (*Okalta Oils Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1955] R.C.S. 824 (*Okalta*), page 826; *Interior Savings*, paragraphe 17; *Imperial Oil*,

*Radio*, paragraph 28), however, a nil assessment is not without legal effect. What then is the impact of this nil assessment?

[60] A nil assessment, like an assessment that levies tax, can impact on both a taxpayer's "tax liability", a broad notion anchored in section 2 of the Act, or on the "tax payable" for a taxation year, a narrower concept defined in subsection 248(2) of the Act. Liability for tax arises as income is earned and is unaffected by the fact that no assessment has been issued (subsection 152(3); *Terra Nova Properties Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1967] 2 Ex. C.R. 46, page 51, (1967), 67 D.T.C. 5064; *Canada v. Wesbrook Management Ltd.* (1996), 96 D.T.C. 6590, [1997] 1 C.T.C. 124 (F.C.A.); *Minister of National Revenue v. Riendeau* (1991), 132 N.R. 157, 91 D.T.C. 5416 (F.C.A.); see also *The Queen v. Simard—Beaudry Inc.*, [1971] 1 F.C. 396, page 403, (1971), 71 D.T.C. 5511 (T.D.). In contrast, the "tax payable" for a given taxation year is the amount of tax to be paid "as fixed by assessment or reassessment" (subsection 248(2) of the Act).

[61] Subsection 152(4) contemplates the issuance of a notice of assessment, reassessment, additional assessment or a notice that no tax is payable. When a notice that no tax is payable is the original notice for a given taxation year, it initiates the computation of the limitation period the same way as an original assessment does (paragraph 152(3.1)(b)) and establishes that no tax is payable for the year (subsection 152(4)). Where taxes have previously been paid on account of tax liability for a given year, a notice that no tax is payable can give rise to an overpayment.

[62] The Department of Finance's Technical Notes relating to subparagraph 161.1(3)(c)(v) of the Act, a provision dealing with the offset of refund interest and arrears interest, illustrate this. It states that the entitlement to a refund arises: "where an overpayment has arisen without a notice of assessment having been issued [for example] where an amount has been paid on account of tax, but a so-called "nil" assessment is issued, indicating that no tax is payable" (Department of Finance's Technical

paragraphe 61; *Blackburn Radio*, paragraphe 28). Or, elle n'est pas dépourvue d'effet juridique. Quel est donc l'effet de cette cotisation néant?

[60] Une cotisation néant, à l'instar de la cotisation qui établit le montant de l'impôt, peut avoir une incidence sur « [l'a]ssujettissement à l'impôt », une notion générale qui figure à l'article 2 de la Loi, et sur l'« impôt payable » à l'égard d'une année d'imposition, un concept plus étroit défini au paragraphe 248(2) de la Loi. Le contribuable est assujéti à l'impôt dès lors qu'il gagne un revenu, peu importe qu'une cotisation ait été établie ou non (paragraphe 152(3); *Terra Nova Properties Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1967] 2 R.C. de l'É. 46, page 51; *Canada c. Wesbrook Management Ltd.*, 1996 CanLII 11881 (C.A.F.); *Ministre du Revenu national c. Riendeau*, [1991] A.C.F. n° 559 (QL) (C.A.); voir également *La Reine c. Simard-Beaudry Inc.*, [1971] 1 C.F. 396 (1<sup>re</sup> inst.), page 403). En revanche, l'« impôt payable » pour une année d'imposition donnée est le montant d'impôt exigible « tel que le fixe une cotisation ou nouvelle cotisation » (paragraphe 248(2) de la Loi).

[61] Le paragraphe 152(4) prévoit l'établissement d'un avis de cotisation, d'une nouvelle cotisation ou d'une cotisation supplémentaire et la délivrance d'un avis portant qu'aucun impôt n'est payable. Si ce dernier est initialement délivré à l'égard d'une année d'imposition, la prescription commence à courir à compter de cette date, comme dans le cas de la cotisation initiale (alinéa 152(3.1)b)), et il indique qu'aucun impôt n'est payable pour l'année d'imposition en question (paragraphe 152(4)). Lorsqu'un impôt avait été payé en raison de l'assujettissement à l'impôt pour une année donnée, l'avis portant qu'aucun impôt n'est payable peut donner lieu à un paiement en trop.

[62] C'est ce qui ressort des Notes explicatives du ministère des Finances sur le sous-alinéa 161.1(3)c)(v) de la Loi, une disposition qui traite des intérêts sur les remboursements et des arriérés d'intérêts. Pour citer les Notes explicatives, le droit au remboursement joue dans les cas : « où un trop-payé est déterminé en l'absence d'un avis de cotisation. Cela pourrait se produire [par exemple] lorsqu'un montant a été payé au titre de l'impôt, mais qu'une cotisation dite "nulle" est établie, indiquant qu'il

Notes [Sherman David M. *Income Tax Act, Department of Finance Technical Notes: a consolidation of technical notes and other income tax commentary from the Department of Finance*, 11th ed., Scarborough, Ont.: Carswell, 1999] on subparagraph 161.1(3)(c)(v) issued in 1999). Though this particular provision is concerned with an “overpayment amount”, an expression defined under subsection 161.1(1), the Technical Notes nevertheless show how a nil assessment can give rise to the overpayment of a tax liability.

[63] In the end, there is no basis for the respondent’s contention that a nil assessment is a mere notification without legal consequences under the Act. There is equally no basis for the contention that the 2010 reassessment was “voided” by the settlement agreement as a reassessment cannot be voided by agreement.

*Was there an overpayment within the meaning of subsection 164(7)?*

[64] The Tax Court Judge concluded that there was no overpayment in this case. However, he did so on the premise that the 2010 reassessment was void. Given that the 2010 reassessment was a nil assessment, validly issued beyond the normal reassessment period, the issue is whether it gave rise to an overpayment on the facts of this case.

[65] When as here, a notice that no tax is payable is issued after an initial assessment or reassessment has been issued (subsection 248(1) provides that the word “assessment” includes a reassessment), it replaces the prior assessment and reduces the “tax payable” for the year to nil. In this case, the tax payable by the respondent for its 2003 taxation year was fixed by the 2003 reassessment at \$1 809 598 which amount was paid upon filing the return for that year. The subsequent issuance of the nil assessment in 2010 had the effect of reducing the tax payable all the way from the amount that had been paid to zero. Yet, it remains that an amount had been paid by the respondent in respect of the 2003 taxation year. It follows that an “overpayment” within the defined

n’y a aucun impôt à payer » (ministère des Finances, Notes explicatives [Sherman David M. *Income Tax Act, Department of Finance Technical Notes: a consolidation of technical notes and other income tax commentary from the Department of Finance*, 11<sup>e</sup> éd., Scarborough, Ont.: Carswell, 1999] sur le sous-alinéa 161.1(3)c)(v) publiées en 1999). Si cette disposition mentionne un « trop-payé », défini au paragraphe 161.1(1), les Notes explicatives démontrent néanmoins comment une cotisation néant peut emporter un paiement en trop au titre de l’impôt.

[63] Tout compte fait, rien n’étaye l’argument de l’intimée selon lequel une cotisation néant ne constitue qu’un simple avis dépourvu de conséquence juridique pour l’application de la Loi. Rien n’étaye non plus l’argument selon lequel la nouvelle cotisation de 2010 a été « invalidée » par l’entente de règlement car une cotisation ne peut être invalidée de cette façon.

*Y a-t-il eu paiement en trop au sens où il faut l’entendre pour l’application du paragraphe 164(7)?*

[64] Selon le juge de la Cour de l’impôt, il n’y a eu aucun paiement en trop en l’espèce. Toutefois, il a tiré cette conclusion après avoir décidé que la nouvelle cotisation de 2010 n’était pas valide. Comme la nouvelle cotisation de 2010 constituait une cotisation néant, établie valablement après l’expiration de la période normale de nouvelle cotisation, la question à trancher est celle de savoir si elle a emporté un paiement en trop en l’espèce.

[65] Lorsqu’un avis portant qu’aucun impôt n’est payable est donné après une cotisation ou une nouvelle cotisation, comme en l’espèce (le paragraphe 248(1) dispose que le terme « cotisation » s’entend également d’une nouvelle cotisation), il remplace la cotisation antérieure et ramène à zéro l’« impôt payable » pour l’année d’imposition. En l’espèce, l’impôt payable par l’intimée pour l’année d’imposition 2003 a été fixé par la nouvelle cotisation de 2003 à la somme de 1 809 598 \$, qu’elle a payé lorsqu’elle a fait sa déclaration visant cette année d’imposition. L’émission subséquente de la cotisation néant en 2010 a eu pour effet de faire passer le montant de l’impôt payable de la somme payée à zéro. Toutefois, un montant a bien été payé par l’intimée à l’égard de

meaning set out in paragraph 164(7)(b) did result from the issuance of the nil assessment.

*Was the refund of this overpayment authorized by subsection 164(1)?*

[66] Again the Tax Court Judge did not address this issue as, in his view, there was no overpayment to begin with (reasons, paragraphs 85–90). The question that arises is whether the 2010 payment made further to the issuance of the nil assessment qualifies as a “refund” under subparagraph 164(1)(a)(iii) given that this provision allows for a refund to be paid “on or after sending the notice of assessment for the year”. The precise issue is whether a nil assessment comes within the meaning of the word “assessment” as it is used in subparagraph 164(1)(a)(iii). As for all such questions, the answer must be guided by the text, context and purpose of this provision (*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, paragraph 10).

[67] As noted earlier, although a nil assessment fixes the tax payable for the year, it assesses no tax. The result, as confirmed by the Supreme Court in *Okalta*, is that there is no right to appeal from a nil assessment as there is nothing to object to or appeal from. Prior to that decision, no distinction was made under the Act between the two situations. A nil assessment was viewed the same way as any other assessment. Five years after *Okalta*, Parliament formally recognized this difference by providing that after examining a tax return, the Minister may either assess tax or issue a notice that no tax is payable (*An Act to Amend the Income Tax Act*, S.C. 1960, c. 43, section 15 amending what was then subsection 46(4), the predecessor to subsection 152(4)).

[68] Aside from the fundamental distinction drawn by the Supreme Court in *Okalta*, an assessment that levies tax and a nil assessment have the same legal effect i.e.

l’année d’imposition 2003. Il s’ensuit qu’il y a eu un « paiement en trop » au sens où il est défini pour l’application de l’alinéa 164(7)b) suite à l’émission de la cotisation néant.

*Le remboursement de ce paiement en trop était-il autorisé par le paragraphe 164(1)?*

[66] Le juge de la Cour de l’impôt n’a pas analysé cette question non plus, car il avait conclu à l’absence de paiement en trop (motifs, paragraphes 85 à 90). La question qu’il faut trancher est celle de savoir si le versement de 2010, effectué par suite de la cotisation néant constitue un « remboursement » pour l’application du sous-alinéa 164(1)a)(iii); cette disposition permet le remboursement « au moment de l’envoi de l’avis de cotisation pour l’année ou par la suite ». La question précise est celle de savoir si une telle cotisation néant constitue une « cotisation » au sens où il faut l’entendre pour l’application du sous-alinéa 164(1)a)(iii). La réponse à cette question, comme à toutes les questions de ce genre, doit tenir compte du texte, du contexte et de l’objet de la disposition (*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, paragraphe 10).

[67] Comme nous le signalons plus haut, si la cotisation néant fixe le montant de l’impôt payable pour l’année, elle n’établit aucun impôt. Il s’ensuit que cette cotisation n’emporte aucun droit d’appel, car rien ne justifie un appel ou une objection, ce que confirme la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Okalta*. Avant cette jurisprudence, la Loi n’établissait aucune distinction entre les deux situations. Une cotisation néant était traitée de la même façon que toute autre cotisation. Toutefois, cinq ans après le prononcé de la décision *Okalta*, le législateur a établi expressément une distinction. La Loi dispose depuis que le ministre, après avoir pris connaissance d’une déclaration de revenu, peut établir une cotisation ou donner avis portant qu’aucun impôt n’est payable (*Loi modifiant la Loi de l’impôt sur le revenu*, S.C. 1960, ch. 43, article 15 ayant modifié le paragraphe 46(4), devenu le paragraphe 152(4)).

[68] Outre la distinction fondamentale établie par la Cour suprême dans l’arrêt *Okalta*, une cotisation qui prélève un impôt et une cotisation néant ont le même effet

both start the limitation period when issued as the original notice, both replace a prior assessment or reassessment when issued as the last notice, and both fix the tax payable for the year.

[69] Parliament's objective in requiring that a notice of assessment be issued before a refund can be paid—in cases other than those involving refunds arising from deemed payments (see subparagraphs 164(1)(a)(i) and 164(1)(a)(ii))—is to establish the existence of an “overpayment”, defined in subsection 164(7) as the excess of the tax paid towards a taxpayer's liability over the tax payable for the year. For that purpose, a nil assessment operates the same way as an assessment that levies tax. The only difference is that the latter fixes the tax payable at some specific amount all the way down to 2\$, whereas the former fixes it at zero (see subsection 161.4(1) which provides that an assessed amount of 2\$ or less is deemed to be nil).

[70] It follows that a nil assessment must be viewed as an assessment when applying subparagraph 164(1)(a)(iii). Indeed, no logic could possibly justify a reading of this provision that would prevent the Minister from refunding an established overpayment on the sole ground that it arose by reason of a nil assessment rather than an assessment that levies tax.

[71] This was the state of the law before *Okalta*, when a refund could be made as a result of the issuance of a nil assessment or an assessment that levies tax without distinction (see the predecessors of subsection 164(1): subsection 10(4) of the *Income Tax War Act, 1917*, S.C. 1917, c. 28, as amended by *An Act to amend The Income War Tax Act, 1917*, 1919, 9-10 Geo. V, c. 55 (Can.), subsection 8(2); section 56 of the *Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97; subsection 52(1) of *The Income Tax Act*, S.C. 1948, c. 52 and subsection 57(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148). As the reasoning of the Supreme Court in *Okalta* does not purport to have any impact on a taxpayer's entitlement to a refund, subsection 164(1), like its predecessors, must continue to be read and applied the same way (to the same effect, see *Glatt v. Canada*

sur le plan juridique : le délai de prescription commence à courir à compter de la date où elles sont établies si elles constituent l'avis initial, elles remplacent une cotisation ou une nouvelle cotisation antérieures lorsqu'elles constituent le dernier avis et elles fixent le montant de l'impôt payable pour l'année.

[69] Le législateur, en subordonnant le versement d'un remboursement à la délivrance préalable d'un avis de cotisation — dans les cas qui ne concernent pas les remboursements découlant de paiements réputés (voir les sous-alinéas 164(1)a(i) et 164(1)a(ii)) — vise à établir l'existence d'un « paiement en trop », qui est défini au paragraphe 164(7) comme la somme payée sur l'impôt dont le contribuable est redevable pour l'année en plus de l'impôt payable pour l'année. À cet égard, une cotisation néant a le même effet qu'une cotisation qui prélève un impôt, à cette différence près que la seconde fixe le montant de l'impôt payable à une valeur donnée supérieure à 2 \$ tandis que la première fixe le montant de l'impôt à zéro (voir le paragraphe 161.4(1) qui prévoit qu'une somme cotisée de 2 \$ ou moins est réputée nulle).

[70] Il s'ensuit qu'une cotisation néant constitue une cotisation pour l'application du sous-alinéa 164(1)a(iii). En effet, toute interprétation suivant laquelle le ministre ne pourrait rembourser un paiement en trop pour la seule raison qu'il découle d'une cotisation néant plutôt que d'une cotisation qui prélève un impôt serait logiquement insoutenable.

[71] C'était l'état du droit avant l'arrêt *Okalta*, à l'époque où un remboursement pouvait être effectué sur le fondement de l'une ou l'autre catégorie de cotisations (voir les dispositions ayant précédé le paragraphe 164(1) : le paragraphe 10(4) la *Loi de l'Impôt de Guerre sur le Revenu, 1917*, S.C. 1917, ch. 28, modifiée par la *Loi modifiant la Loi de l'Impôt de Guerre sur le Revenu, 1917*, 1919, 9-10 Geo. V, ch. 55 (Can.), paragraphe 8(2); l'article 56 de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, ch. 97; le paragraphe 52(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1948, ch. 52 et le paragraphe 57(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148). Comme le raisonnement énoncé par la Cour suprême dans l'arrêt *Okalta* n'était pas censé avoir d'incidence sur le droit d'un contribuable à un remboursement au titre de la disposition

(*National Revenue*), 2019 FC 738, 2019 D.T.C. 5074, paragraph 16).

[72] On an entirely different point, I would add that the respondent's reliance on *Imperial Oil* in challenging the application of subsection 164(1) is misplaced. This decision is based on a distinct set of facts and holds that a remission order issued pursuant to the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 cannot give rise to an overpayment under subsection 164(7) of the Act (*Imperial Oil*, paragraphs 50–57). It has no application on the facts of this case.

[73] I therefore come to the conclusion that the 2010 payment was a refund authorized to be made pursuant to subparagraph 164(1)(a)(iii).

[74] One of the statutory consequences that flow from this conclusion is that the refund interest paid by the Minister to the respondent in 2010 can be recovered pursuant to subsection 164(3.1) of the Act.

*Do subsections 160.1(1) and 160.1(3) allow the Minister to recover the overpayment?*

[75] The respondent relies on the Tax Court Judge's conclusion that the 2010 payment was not authorized by any provision of the Act to argue that it cannot be recovered under subsections 160.1(1) and 160.1(3). However, as just explained, the refund was authorized under subparagraph 164(1)(a)(iii) and therefore made pursuant to a specific provision of the Act. It follows that subsections 160.1(1) and 160.1(3) could be validly invoked in support of the 2015 assessment.

[76] The respondent further argued, in a communication submitted after the hearing, that if the 2010 reassessment was validly issued and therefore allowed for a refund to be made pursuant to subparagraph 164(1)(a)(iii), no part of this refund was excessive since no reassessment was issued in order to bring the 2003 tax payable back from zero, as per the nil assessment, to the amount initially assessed.

devenue le paragraphe 164(1), cette disposition doit continuer de recevoir la même interprétation et la même application (voir également *Glatt c. Canada (Revenu national)*, 2019 CF 738, paragraphe 16).

[72] À un autre égard, ajoutons que l'intimée invoque à mauvais droit l'arrêt *Imperial Oil* à l'appui de son argument selon lequel le paragraphe 164(1) ne s'applique pas. Cette décision repose sur des faits différents de la présente espèce et porte qu'un décret de remise pris en application de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, ne saurait emporter un paiement en trop au titre du paragraphe 164(7) de la *Loi (Imperial Oil*, paragraphes 50 à 57). Cet arrêt ne s'applique pas aux faits de la présente espèce.

[73] J'en conclus que le versement de 2010 constitue un remboursement autorisé par le sous-alinéa 164(1)a)(iii).

[74] Sur le plan légal, il découle notamment de cette conclusion que les intérêts sur le remboursement versés par le ministre à l'intimée en 2010 peuvent être recouvrés en vertu du paragraphe 164(3.1) de la Loi.

*Les paragraphes 160.1(1) et (3) habilent-ils le ministre à recouvrer le paiement en trop?*

[75] L'intimée fait valoir la conclusion du juge de la Cour de l'impôt, selon laquelle le versement de 2010 n'était pas autorisé par une disposition de la Loi, pour soutenir que les fonds ne peuvent être recouvrés au titre des paragraphes 160.1(1) et (3). Or, comme nous l'expliquons plus haut, le remboursement était autorisé par le sous-alinéa 164(1)a)(iii), partant, il était conforme à une disposition de la Loi. Il s'ensuit que les paragraphes 160.1(1) et (3) étaient la cotisation de 2015.

[76] Dans une communication après la tenue de l'audience, l'intimée soutient en outre que, si la nouvelle cotisation de 2010 était valide et autorisait donc le remboursement au titre du sous-alinéa 164(1)a)(iii), ce remboursement n'était aucunement excessif, puisque le ministre n'avait pas établi de nouvelle cotisation ramenant l'impôt payable pour 2003 à celui déclaré et annulant la cotisation néant.

[77] This argument could be compelling (compare *Canada v. Bulk Transfer Systems Inc.*, 2005 FCA 94, 2005 D.T.C. 5192, paragraphs 19–21) were it not for the decision of the Supreme Court in *Markevich v. Canada*, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94 (*Markevich*) according to which no prior reassessment is needed in order for the Minister to determine that a taxpayer has received a refund in excess of the amount to which it was entitled. Indeed, *Markevich* makes it clear that an excessive refund can be assessed even if the power to issue a reassessment for the year pursuant to subsection 152(4) has expired.

[78] In this respect, I agree with the Tax Court Judge that subjecting the application of subsections 160.1(1) and 160.1(3) to the issuance of a prior reassessment constrained by a time limit would run against the plain language of these provisions which empower the Minister to determine that an excessive refund has been made and to recover it “at any time” by way of an assessment. Here, this determination necessarily flowed from the fact that the respondent generated a taxable capital gain totalling \$3 952 238 in circumstances where the tax paid on that account had been refunded, plus accrued interest, five years earlier. Nothing more was required in order for the Minister to determine that there had been an excessive refund as described in subsection 160.1(1) and to recover it by issuing the 2015 assessment pursuant to subsection 160.1(3). This fully accords with the conclusion that was reached by the Supreme Court in *Markevich* that the words “at any time” are to be given effect in accordance with their plain meaning (paragraph 16). As was explained by the Tax Court Judge, this effect “would be greatly diminished if its application depended on a reassessment pursuant to another provision of the Act which is subject to a limitation period” (reasons, paragraph 99).

[79] Giving these words their plain meaning effectively allows for the determination that an excessive refund of Part I tax has been made after the normal reassessment period has expired, but only for the purpose of

[77] L’argument pourrait être convaincant (comparer avec *Canada c. Bulk Transfer Systems Inc.*, 2005 CAF 94, paragraphes 19 à 21), si ce n’était de l’arrêt *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94 (*Markevich*) suivant lequel l’émission préalable d’une nouvelle cotisation n’est pas requise afin de permettre au ministre de déterminer qu’un contribuable a reçu un remboursement en trop. En effet, il ressort clairement de l’arrêt *Markevich* qu’un remboursement en trop peut faire l’objet d’une cotisation, et ce même si l’établissement d’une nouvelle cotisation pour l’année en question en vertu du paragraphe 152(4) est prescrit.

[78] À cet égard, je suis d’accord avec le juge de la Cour de l’impôt pour dire que subordonner l’application des paragraphes 160.1(1) et (3) à l’émission préalable d’une nouvelle cotisation, limitée par un délai précis, serait contraire au sens ordinaire des mots qui figurent dans ces dispositions, qui habilent le ministre à déterminer s’il y a eu un remboursement en trop et à le recouvrer « à tout moment » au moyen d’une cotisation. En l’espèce, la conclusion du ministre découlait forcément du fait que l’intimée avait généré un gain en capital imposable totalisant 3 952 238 \$, mais s’était vu rembourser l’impôt payé à ce titre, plus les intérêts courus, cinq ans auparavant. Le ministre n’avait pas besoin d’aller plus loin pour conclure à un remboursement en trop au sens du paragraphe 160.1(1) et pour recouvrer les fonds en établissant la cotisation de 2015 en vertu du paragraphe 160.1(3). Cette conclusion est dans le droit fil de celle de la Cour suprême dans l’arrêt *Markevich* selon laquelle l’expression équivalente « en tout temps » doit s’interpréter à la lumière de son sens ordinaire (paragraphe 16). Comme l’explique le juge de la Cour de l’impôt, une telle incidence « serait fortement diminuée si son application dépendait de l’établissement de la nouvelle cotisation en application d’une autre disposition de la Loi assujettie à un délai de prescription » (motifs, paragraphe 99).

[79] Si on interprète l’expression suivant son sens ordinaire, on permet au ministre de déterminer qu’un remboursement excédentaire de l’impôt payable selon la Partie I a été effectué après l’expiration de la période



allowing the Minister to recover tax that is owed and determined to have been improperly refunded. This power necessarily flows from the words used by Parliament which, as noted, provide in express terms that there is no time limit as to when this recovery can take place (to that effect see the dissenting reasons of Rothstein, J.A. in *Addison & Leyen Ltd. v. Canada*, 2006 FCA 107, [2006] 4 F.C.R. 532, as they were confirmed in 2007 SCC 33, [2007] 2 S.C.R. 793, paragraph 90).

[80] Finally, the respondent argues that the Minister cannot recover an excessive refund under subsection 160.1(1) unless the refund giving rise to the excess had been claimed by the taxpayer (memorandum of the respondent, paragraphs 64, 75). However, nothing in the statutory language requires that a refund be claimed in order for the excess to be recovered. The CRA Internal Technical Interpretation (TI 2009-033435117, “Excessive Refunds”, January 29, 2010) invoked by the respondent in support of the contrary view is based on a decision rendered by the Tax Court in *Matte v. The Queen*, [2004] 1 C.T.C. 2823, (2002), 56 D.T.C. 3876 (*Matte*). Contrary to the assertion made in this technical interpretation, *Matte* does not stand for the proposition that a taxpayer must have claimed an amount in excess of that to which it was entitled in order for an excessive refund under subsections 160.1(1) and 160.1(3) to arise. Although the refund in issue in that case could not be made without being claimed (*Matte*, paragraph 2), a refund pursuant to subparagraph 164(1)(a)(iii) can be made without being claimed. I agree with the conclusion reached by the Tax Court Judge on this point (reasons, paragraph 105).

[81] It follows that the respondent’s contention that the 2015 assessment was not issued in conformity with the Act must be rejected and that the legal validity of this assessment must be confirmed.

#### DISPOSITION

[82] For the above reasons, I would allow the appeal with costs, set aside the decision of the Tax Court Judge and giving the judgment that he ought to have given,

normale de nouvelle cotisation, mais uniquement pour l’habilitier à récupérer l’impôt exigible qui avait été remboursé à tort. Ce pouvoir découle du libellé adopté par le législateur, lequel, comme nous le mentionnons plus haut, prévoit expressément que le recouvrement des fonds n’est pas limité dans le temps (voir à cet effet les motifs dissidents du juge Rothstein dans l’arrêt *Canada c. Addison & Leyen Ltd.*, 2006 CAF 107, [2006] 4 R.C.F. 532, tels qu’ils furent confirmés par l’arrêt 2007 CSC 33, [2007] 2 R.C.S. 793, paragraphe 90).

[80] Enfin, l’intimée prétend que le ministre n’est pas habilité à recouvrer un remboursement en trop au titre du paragraphe 160.1(1) à moins que le remboursement ayant emporté un excédent n’ait été demandé par le contribuable (mémoire de l’intimée, paragraphes 64 et 75). Toutefois, rien dans le libellé ne l’exige. L’interprétation technique publiée par l’ARC (TI 2009-033435117, « Excessive Refunds » le 29 janvier 2010) invoquée par l’intimée au soutien de l’interprétation contraire est fondée sur le jugement de la Cour de l’impôt *Matte c. La Reine*, 2002 CanLII 768 (*Matte*). Contrairement à la prétention avancée dans l’interprétation technique, la décision *Matte* ne dit pas que le contribuable doit avoir demandé le remboursement d’une somme supérieure à celle à laquelle il avait droit pour qu’il y ait un remboursement en trop pour l’application des paragraphes 160.1(1) et (3). Dans cette affaire, le remboursement dont il était question devait être demandé (*Matte*, paragraphe 2), ce qui n’est pas le cas du remboursement prévu au sous-alinéa 164(1)a)(iii). Je suis d’accord avec le juge de la Cour de l’impôt sur ce point (motifs, paragraphe 105).

[81] Il s’ensuit que la prétention de l’intimée, selon laquelle la cotisation de 2015 n’avait pas été établie conformément à la Loi, doit être rejetée, et la validité de cette cotisation confirmée.

#### DISPOSITIF

[82] Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis d’accueillir l’appel avec dépens, et d’annuler la décision du juge de la Cour de l’impôt. Rendant le jugement

I would dismiss the appeal brought by Alberta before the Tax Court with costs, on the basis that the 2015 assessment was issued in conformity with the Act.

Boivin J.A.: I agree.

Rivoalen J.A.: I agree.

## ANNEX

### PART I

#### Income Tax

#### DIVISION A

##### LIABILITY FOR TAX

##### Tax payable by persons resident in Canada

**2 (1)** An income tax shall be paid, as required by this Act, on the taxable income for each taxation year of every person resident in Canada at any time in the year.

...

##### Assessment

##### 152 (1) ...

...

##### Definition of normal reassessment period

**(3.1)** For the purposes of subsections (4), (4.01), (4.2), (4.3), (5) and (9), the normal reassessment period for a taxpayer in respect of a taxation year is

...

**(b)** in any other case, the period that ends three years after the earlier of the day of sending of a notice of an original assessment under this Part in respect of the taxpayer for the year and the day of sending of an original notification that no tax is payable by the taxpayer for the year.

...

qu'il aurait dû rendre, je rejetterais l'appel interjeté par Alberta devant la Cour de l'impôt avec dépens au motif que la cotisation de 2015 fut émise conformément à la Loi.

Le juge Boivin, J.C.A. : Je suis d'accord.

La juge Rivoalen, J.C.A. : Je suis d'accord.

## ANNEXE

### PARTIE I

#### Impôt sur le revenu

#### SECTION A

##### ASSUJETTISSEMENT À L'IMPÔT

##### Impôt payable par les personnes résidant au Canada

**2 (1)** Un impôt sur le revenu doit être payé, ainsi qu'il est prévu par la présente loi, pour chaque année d'imposition, sur le revenu imposable de toute personne résidant au Canada à un moment donné au cours de l'année.

[...]

##### Cotisation

##### 152 (1) [...]

[...]

##### Période normale de nouvelle cotisation

**(3.1)** Pour l'application des paragraphes (4), (4.01), (4.2), (4.3), (5) et (9), la période normale de nouvelle cotisation applicable à un contribuable pour une année d'imposition s'étend sur les périodes suivantes :

[...]

**b)** trois ans suivant celle de ces dates qui est antérieure à l'autre, dans les autres cas.

[...]

**Assessment and reassessment**

(4) The Minister may at any time make an assessment, re-assessment or additional assessment of tax for a taxation year, interest or penalties, if any, payable under this Part by a taxpayer or notify in writing any person by whom a return of income for a taxation year has been filed that no tax is payable for the year, except that an assessment, reassessment or additional assessment may be made after the taxpayer's normal reassessment period in respect of the year only if

(a) the taxpayer or person filing the return

(i) has made any misrepresentation that is attributable to neglect, carelessness or wilful default or has committed any fraud in filing the return or in supplying any information under this Act, or

(ii) has filed with the Minister a waiver in prescribed form within the normal reassessment period for the taxpayer in respect of the year;

...

**Assessment deemed valid and binding**

(8) An assessment shall, subject to being varied or vacated on an objection or appeal under this Part and subject to a reassessment, be deemed to be valid and binding notwithstanding any error, defect or omission in the assessment or in any proceeding under this Act relating thereto.

...

**Where excess refunded**

**160.1 (1)** Where at any time the Minister determines that an amount has been refunded to a taxpayer for a taxation year in excess of the amount to which the taxpayer was entitled as a refund under this Act, the following rules apply:

(a) the excess shall be deemed to be an amount that became payable by the taxpayer on the day on which the amount was refunded; and

**Cotisation et nouvelle cotisation**

(4) Le ministre peut établir une cotisation, une nouvelle cotisation ou une cotisation supplémentaire concernant l'impôt pour une année d'imposition, ainsi que les intérêts ou les pénalités, qui sont payables par un contribuable en vertu de la présente partie ou donner avis par écrit qu'aucun impôt n'est payable pour l'année à toute personne qui a produit une déclaration de revenu pour une année d'imposition. Pareille cotisation ne peut être établie après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation applicable au contribuable pour l'année que dans les cas suivants :

a) le contribuable ou la personne produisant la déclaration :

(i) soit a fait une présentation erronée des faits, par négligence, inattention ou omission volontaire, ou a commis quelque fraude en produisant la déclaration ou en fournissant quelque renseignement sous le régime de la présente loi,

(ii) soit a présenté au ministre une renonciation, selon le formulaire prescrit, au cours de la période normale de nouvelle cotisation applicable au contribuable pour l'année;

[...]

**Présomption de validité de la cotisation**

(8) Sous réserve des modifications qui peuvent y être apportées ou de son annulation lors d'une opposition ou d'un appel fait en vertu de la présente partie et sous réserve d'une nouvelle cotisation, une cotisation est réputée être valide et exécutoire malgré toute erreur, tout vice de forme ou toute omission dans cette cotisation ou dans toute procédure s'y rattachant en vertu de la présente loi.

[...]

**Remboursement en trop**

**160.1 (1)** Lorsque le ministre détermine qu'un contribuable a été remboursé pour une année d'imposition d'un montant supérieur à celui auquel il avait droit en application de la présente loi, les règles suivantes s'appliquent :

a) l'excédent est réputé représenter un montant qui est payable par le contribuable à compter de la date du remboursement;

(b) the taxpayer shall pay to the Receiver General interest at the prescribed rate on the excess (other than any portion thereof that can reasonably be considered to arise as a consequence of the operation of section 122.5 or 122.61) from the day it became payable to the date of payment.

...

#### Assessment

(3) The Minister may at any time assess a taxpayer in respect of any amount payable by the taxpayer because of subsection (1) or (1.1) or for which the taxpayer is liable because of subsection (2.1) or (2.2), and the provisions of this Division (including, for greater certainty, the provisions in respect of interest payable) apply, with any modifications that the circumstances require, in respect of an assessment made under this section, as though it were made under section 152 in respect of taxes payable under this Part, except that no interest is payable on an amount assessed in respect of an excess referred to in subsection (1) that can reasonably be considered to arise as a consequence of the operation of section 122.5 or 122.61.

...

#### Refunds

**164 (1)** If the return of a taxpayer's income for a taxation year has been made within 3 years from the end of the year, the Minister

(a) may,

...

(iii) on or after sending the notice of assessment for the year, refund any overpayment for the year, to the extent that the overpayment was not refunded pursuant to subparagraph (i) or (ii); and

(b) shall, with all due dispatch, make the refund referred to in subparagraph (a)(iii) after sending the notice of assessment if application for it is made in writing by the taxpayer within the period within which the Minister would be allowed under subsection 152(4) to assess tax payable under this Part by the taxpayer for the year if that subsection were read without reference to paragraph 152(4)(a).

b) le contribuable doit payer au receveur général des intérêts sur l'excédent, sauf toute partie de l'excédent qu'il est raisonnable de considérer comme découlant de l'application des articles 122.5 ou 122.61, calculés au taux prescrit, pour la période allant du jour où cet excédent est devenu payable jusqu'à la date du paiement.

[...]

#### Cotisation

(3) Le ministre peut, à tout moment, établir à l'égard d'un contribuable une cotisation pour toute somme que celui-ci doit payer en application des paragraphes (1) ou (1.1) ou dont il est débiteur par l'effet des paragraphes (2.1) ou (2.2). Les dispositions de la présente section, notamment celles portant sur les intérêts à payer, s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux cotisations établies en vertu du présent article comme si elles étaient établies en vertu de l'article 152 relativement aux impôts à payer en vertu de la présente partie. Toutefois, aucun intérêt n'est à payer sur une cotisation établie à l'égard de l'excédent visé au paragraphe (1) s'il est raisonnable de considérer qu'il découle de l'application des articles 122.5 ou 122.61.

[...]

#### Remboursement

**164 (1)** Si la déclaration de revenu d'un contribuable pour une année d'imposition est produite dans les trois ans suivant la fin de l'année, le ministre :

a) peut faire ce qui suit :

[...]

(iii) au moment de l'envoi de l'avis de cotisation pour l'année ou par la suite, rembourser tout paiement en trop pour l'année, dans la mesure où ce paiement n'est pas remboursé en application des sous-alinéas (i) ou (ii);

b) doit effectuer le remboursement visé au sous-alinéa a)(iii) avec diligence après avoir envoyé l'avis de cotisation, si le contribuable en fait la demande par écrit au cours de la période pendant laquelle le ministre pourrait établir, aux termes du paragraphe 152(4), une cotisation concernant l'impôt payable en vertu de la présente partie par le contribuable pour l'année si ce paragraphe s'appliquait compte non tenu de son alinéa a).

...

[...]

**Interest on refunds and repayments**

(3) If, under this section, an amount in respect of a taxation year (other than an amount, or a portion of the amount, that can reasonably be considered to arise from the operation of section 122.5, 122.61 or 125.7) is refunded or repaid to a taxpayer or applied to another liability of the taxpayer, the Minister shall pay or apply interest on it at the prescribed rate for the period that begins on the day that is the latest of the days referred to in the following paragraphs and that ends on the day on which the amount is refunded, repaid or applied:

...

(d) in the case of a refund of an overpayment, the day on which the overpayment arose; and

...

**Idem**

(3.1) Where at a particular time interest has been paid to, or applied to a liability of, a taxpayer under subsection 164(3) or 164(3.2) in respect of an overpayment and it is determined at a subsequent time that the actual overpayment was less than the overpayment in respect of which interest was paid or applied,

(a) the amount by which the interest that has been paid or applied exceeds the interest, if any, computed in respect of the amount that is determined at the subsequent time to be the actual overpayment shall be deemed to be an amount (in this subsection referred to as “the amount payable”) that became payable under this Part by the taxpayer at the particular time;

(b) the taxpayer shall pay to the Receiver General interest at the prescribed rate on the amount payable computed from that particular time to the day of payment; and

(c) the Minister may at any time assess the taxpayer in respect of the amount payable and, where the Minister makes such an assessment, the provisions of this Division are applicable, with such modifications as the circumstances require, in respect of the assessment as though it had been made under section 152.

**Intérêts sur les sommes remboursées**

(3) Si, en vertu du présent article, une somme à l'égard d'une année d'imposition est remboursée à un contribuable ou imputée sur tout autre montant dont il est redevable, à l'exception de tout ou partie de la somme qu'il est raisonnable de considérer comme découlant de l'application des articles 122.5, 122.61 ou 125.7, le ministre paie au contribuable les intérêts afférents à cette somme au taux prescrit ou les impute sur cet autre montant, pour la période commençant au dernier en date des jours visés aux alinéas ci-après et se terminant le jour où la somme est remboursée ou imputée :

[...]

d) dans le cas du remboursement d'un paiement en trop d'impôt, le jour où il y a eu paiement en trop;

[...]

**Idem**

(3.1) Lorsque, à un moment donné, des intérêts ont été, en application des paragraphes (3) ou (3.2), payés à un contribuable ou imputés à un autre montant dont celui-ci est redevable à l'égard d'un paiement en trop et qu'il est déterminé par la suite que le paiement en trop était moins élevé que le paiement en trop à l'égard duquel des intérêts ont été payés ou imputés, les règles suivantes s'appliquent :

a) l'excédent éventuel des intérêts payés ou imputés sur les intérêts calculés à l'égard du montant déterminé par la suite comme étant le paiement en trop est réputé être un montant (appelé « montant payable » au présent paragraphe) devenu payable par le contribuable en vertu de la présente partie au moment donné;

b) le contribuable doit verser au receveur général des intérêts sur le montant payable, calculés au taux prescrit pour la période commençant au moment donné et se terminant à la date du paiement;

c) le ministre peut, à tout moment, établir une cotisation à l'égard du contribuable sur le montant payable et, lorsque le ministre établit une telle cotisation, les dispositions de la présente section s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à la cotisation comme si elle avait été établie en vertu de l'article 152

...

[...]

**Definition of *overpayment***

(7) In this section, ***overpayment*** of a taxpayer for a taxation year means

...

(b) where the taxpayer is a corporation, the total of all amounts paid on account of the corporation's liability under this Part or Parts I.3, VI or VI.1 for the year minus all amounts payable in respect thereof.

...

**Objections to assessment****165 (1) ...****Limitation on objections**

(1.2) Notwithstanding subsections (1) and (1.1), no objection may be made by a taxpayer to an assessment made under subsection 118.1(11), 152(4.2), 169(3) or 220(3.1) nor, for greater certainty, in respect of an issue for which the right of objection has been waived in writing by the taxpayer.

...

**Appeal****169 (1) ...****Disposition of appeal on consent**

(3) Notwithstanding section 152, for the purpose of disposing of an appeal made under a provision of this Act, the Minister may at any time, with the consent in writing of the taxpayer, reassess tax, interest, penalties or other amounts payable under this Act by the taxpayer.

...

**Sens de paiement en trop**

(7) Au présent article, un paiement en trop fait par un contribuable pour une année d'imposition est égal au montant suivant :

[...]

b) si le contribuable est une société, le total des sommes versées sur les montants dont la société est redevable en vertu de la présente partie ou des parties I.3, VI ou [...]

**Opposition à la cotisation****165 (1) [...]****Restriction**

(1.2) Malgré les paragraphes (1) et (1.1), aucune opposition ne peut être faite par un contribuable à une cotisation établie en application des paragraphes 118.1(11), 152(4.2), 169(3) ou 220(3.1). Il est entendu que cette interdiction vaut pour les oppositions relatives à une question pour laquelle le contribuable a renoncé par écrit à son droit d'opposition.

[...]

**Appel****169 (1) [...]****Règlement d'un appel après consentement**

(3) Malgré l'article 152, en vue de régler un appel interjeté en application d'une disposition de la présente loi, le ministre peut établir à tout moment, avec le consentement écrit du contribuable, une nouvelle cotisation concernant l'impôt, les intérêts, les pénalités ou d'autres montants payables par le contribuable en vertu de la présente loi.

[...]

**Definitions****248 (1) ...****Tax payable**

(2) In this Act, the tax payable by a taxpayer under any Part of this Act by or under which provision is made for the assessment of tax means the tax payable by the taxpayer as fixed by assessment or reassessment subject to variation on objection or on appeal, if any, in accordance with the provisions of that Part.

**Définitions****248 (1) [...]****Sens de *impôt payable***

(2) Dans la présente loi, l'impôt payable par un contribuable, conformément à toute partie de la présente loi prévoyant une imposition, désigne l'impôt payable par lui, tel que le fixe une cotisation ou nouvelle cotisation, sous réserve éventuellement de changement consécutif à une opposition ou à un appel, d'après les dispositions de cette partie.

2020 FC 729  
T-669-192020 CF 729  
T-669-19**In the Matter of the *Secure Air Travel Act*****Affaire intéressant la *Loi sur la sûreté des déplacements aériens*****Bhagat Singh Brar** (*Appellant*)**Bhagat Singh Brar** (*appelant*)

v.

c.

**Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)** (*Respondent*)**Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)** (*intimé*)

T-670-19

T-670-19

**Parvkar Singh Dulai** (*Appellant*)**Parvkar Singh Dulai** (*appelant*)

v.

c.

**Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)** (*Respondent*)**Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)** (*intimé*)**INDEXED AS: BRAR v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)****RÉPERTORIÉ : BRAR c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)**

Federal Court, Noël J.—Ottawa by telephone conference, April 16; June 30, 2020.

Cour fédérale, juge Noël—Ottawa, par conférence téléphonique, 16 avril; 30 juin 2020.

*Security Intelligence — Secure Air Travel Act — Preliminary determination of legal questions arising in underlying appeals from decisions of respondent Minister denying appellants' applications for administrative recourse under Secure Air Travel Act (SATA), s. 15, seeking removal of appellants as listed persons pursuant to SATA, s. 8 — Appellants submitting notices of appeal asking Court to order removal of their names from list — Respondent filing redacted public appeal book for each appeal — Court ordering respondent on October 7, 2019, to file unredacted appeal book — Respondent withdrawing certain classified information while preparing unredacted appeal book — Court also appointing amici curiae on October 7, 2019, in response to inclusion of redacted information — Preliminary legal questions raised including: role of designated judge in appeal pursuant to SATA; role of amici curiae in ex parte proceedings, power thereof to cross-examine witnesses; whether designated judge, amici curiae allowed to see withdrawn information, reasons therefor; whether Federal Court, as superior court of record, should retain copy of withdrawn information; whether scheme under SATA, s. 16 allowing for ex parte hearing on merits of appeal — Designated judge's role in appeals under SATA*

*Renseignement de sécurité — Loi sur la sûreté des déplacements aériens — Décision préliminaire portant sur des questions de droit posées dans le cadre d'appels sous-jacents interjetés à l'encontre des décisions prises par le ministre intimé de rejeter les demandes de recours administratif présentées par les appelants en vertu de l'art. 15 de la Loi sur la sûreté des déplacements aériens (LSDA) pour faire radier leurs noms de la liste des personnes inscrites en application de l'art. 8 de la LSDA — Les appelants ont déposé des avis d'appel demandant à la Cour d'ordonner que leurs noms soient radiés de la liste — L'intimé a déposé pour chaque appel un dossier d'appel public caviardé — Le 7 octobre 2019, la Cour a ordonné que l'intimé dépose un dossier d'appel non caviardé — Pendant la préparation du dossier d'appel non caviardé, l'intimé a retiré certains renseignements confidentiels — En réponse à l'inclusion des renseignements caviardés, la Cour a également nommé des amici curiae dans une ordonnance datée du 7 octobre 2019 — Des questions de droit préliminaires ont été soulevées, notamment : le rôle du juge désigné dans un appel interjeté sous le régime de la LSDA; le rôle des amici curiae dans le cadre de l'instance ex parte et la question de savoir s'ils ont le pouvoir*



that of “gatekeeper” — Having to ensure fair judicial process, assume robust, interventionist role — Role of judge not differing according to “phase” (disclosure or merits) of appeal — Judge having to assume “active”, “non-deferential role” at all stages of proceedings — Role of amicus curiae to serve Court — Amici curiae herein not acting on behalf of appellants but rather representing their interests during ex parte, in camera portions of appeal — Role of amici curiae in appeals under SATA to assist Court in fulfilling its duties to ensure fairest judicial process possible — Cross-examination of witnesses essential component of amici curiae’s role — SATA not restricting amici curiae from seeing withdrawn information, reasons for withdrawal but requiring Court ensure confidentiality of that information — SATA permitting ex parte, in camera hearing on merits — Questions answered, order dated October 7, 2019, appointing amici curiae amended accordingly.

Judges and Courts — Secure Air Travel Act — Role of designated judge — Respondent Minister denying appellants’ applications for administrative recourse under Secure Air Travel Act (SATA), s. 15 — Those applications seeking removal of appellants as listed persons pursuant to SATA, s. 8 — Respondent filing redacted, unredacted appeal books for each appeal — Court appointing amici curiae in response to inclusion of redacted information — Preliminary legal question raised regarding role of designated judge in appeal pursuant to SATA — Designated judge’s role in appeals under SATA that of “gatekeeper” — Overarching role that of arbiter between collective interest in national security, rights and freedoms of individuals — Overall judicial duty to reconcile tension created by these interests — Designated judge having to take all alternative measures available within limits of relevant statutory, inherent powers to give effect to individual’s right to fair judicial process — Gatekeeper role allowing designated judge to appoint amicus curiae — Designated judge having to ensure fair judicial process, assume robust, interventionist role, different from that in conventional appeal or judicial review — Having duty to provide appellant, Minister with opportunity to be heard — Role not differing according to “phase” (disclosure or merits) of appeal — Judge having to assume “active”, “non-deferential role”

de contre-interroger des témoins; la question de savoir si le juge désigné et les amici curiae sont autorisés à voir les renseignements retirés et informés des motifs pour lesquels ils ont été retirés; la question de savoir si la Cour fédérale, en tant que cour supérieure d’archives, devrait conserver une copie des renseignements retirés; et la question de savoir si le régime prévu à l’art. 16 de la LSDA autorise la tenue d’une audience ex parte sur le fond de l’appel — Le rôle du juge désigné dans un appel interjeté sous le régime de la LSDA est un rôle de « gardien » — Il doit veiller à la présence d’un processus équitable et joue un rôle vigoureux et interventionniste — Le rôle du juge ne diffère pas en fonction de l’« étape » (relative à la divulgation ou au fond) de l’appel — Le juge doit jouer un rôle « actif » et « [non empreint] de retenue » à toutes les étapes de l’instance — L’amicus curiae a pour rôle de servir la Cour — Les amici curiae dans la présente affaire n’agissaient pas pour le compte des appelants, mais ils représentaient leurs intérêts lors des parties ex parte et à huis clos d’un appel — Le rôle des amici curiae dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA consiste à aider la Cour à s’acquitter de ses obligations de garantir que le processus judiciaire est le plus équitable possible — La possibilité de contre-interroger les témoins est un élément essentiel du rôle des amici curiae — La LSDA n’empêche pas les amici curiae de consulter les renseignements retirés ou d’être informés de leur retrait, mais elle exige que la Cour en garantisse la confidentialité — Il est permis, sous le régime de la LSDA, de tenir une audience ex parte et à huis clos sur le fond — Il a été répondu aux questions et l’ordonnance du 7 octobre 2019 nommant des amici curiae a été modifiée en conséquence.

Juges et Tribunaux — Loi sur la sûreté des déplacements aériens — Rôle du juge désigné — Le ministre intimé a rejeté les demandes de recours administratif présentées par les appelants en vertu de l’art. 15 de la Loi sur la sûreté des déplacements aériens (LSDA) — Ces demandes visaient à faire radier le nom des appelants de la liste des personnes inscrites en application de l’art. 8 de la LSDA — L’intimé a déposé pour chaque appel des dossiers d’appel caviardés et non caviardés — En réponse à l’inclusion des renseignements caviardés, la Cour a nommé des amici curiae — Une question de droit préliminaire a été soulevée concernant le rôle du juge désigné dans un appel interjeté sous le régime de la LSDA — Le rôle du juge désigné dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA est celui d’un « gardien » — Son rôle fondamental consiste à arbitrer le choc entre l’intérêt collectif à l’égard de la sécurité nationale et les droits et libertés des individus — L’obligation judiciaire générale du juge désigné consiste à concilier la tension entre ces intérêts — Le juge désigné est tenu de prendre toutes les mesures de rechange dont il dispose dans les limites de ses pouvoirs inhérents et législatifs pertinents pour donner effet au droit d’un individu à un processus judiciaire équitable — Le rôle général de gardien que le juge désigné joue lui permet de désigner un amicus curiae — Le juge désigné doit veiller à la

*at all stages of proceedings, test evidence presented by Minister throughout.*

*Practice — Secure Air Travel Act — Role of amici curiae — Respondent Minister denying appellants' applications for administrative recourse under Secure Air Travel Act (SATA), s. 15 — Those applications seeking removal of appellants as listed persons pursuant to SATA, s. 8 — Respondent filing redacted, unredacted appeal books for each appeal — Withdrawing certain classified information while preparing unredacted appeal book — Court appointing amici curiae in response to inclusion of redacted information — Preliminary legal questions raised regarding: role of amici curiae in underlying ex parte proceedings; whether amici curiae having power to cross-examine witnesses; whether amici curiae allowed to see withdrawn information, be informed of reasons for withdrawal — Role of amici curiae is to serve Court — Amicus curiae not acting on behalf of appellants but rather representing their interests — Role of amici curiae in appeals under SATA to assist Court in fulfilling its duties to ensure the fairest judicial process possible — This requiring robust mandate from designated judge — Amici curiae representing interests of appellants regarding disclosure of information under SATA, regarding impact of this information on reasonableness of decision to keep appellants on SATA list — Assuming substantial role — Tasked with arguing unreasonableness of Minister's decision under appeal during ex parte, in camera portions of appeal — Role of amici curiae not analogous to that of special advocate — Amici curiae not tasked with protecting interests of appellants or assuming functions of appellants' counsel during ex parte, in camera proceedings — Duty of amici curiae always with Court, not appellants — Limits imposed on communication between amici curiae, appellants to minimize risk of disclosure — Designated judge having to secure confidential information or other evidence in least intrusive manner possible — Rigid limits on two-way communication between amici curiae, appellants not preferable over exercise of thoughtful discretion — This discretion preserved herein — Amici curiae having access to confidential information, other evidence herein — Participation of amici curiae in creation of summaries of confidential information vital — Cross-examination of witnesses essential component of amici curiae's role but opportunity to cross-examine not absolute — Amici curiae allowed to see withdrawn information, reasons for withdrawal thereof.*

*présence d'un processus équitable et joue un rôle vigoureux et interventionniste, ce qui constitue une différence par rapport à l'appel ou à la demande de contrôle judiciaire classique — Il a l'obligation de donner à l'appelant et au ministre la possibilité d'être entendu — Le rôle du juge ne diffère pas en fonction de l'« étape » (volet relatif à la divulgation ou au fond) de l'appel — Le juge doit jouer un rôle « actif » et « [non empreint] de retenue » à toutes les étapes de l'instance et vérifier les éléments de preuve que présente le ministre tout au long de l'instance.*

*Pratique — Loi sur la sûreté des déplacements aériens — Rôle de l'amicus curiae — Le ministre intimé a rejeté les demandes de recours administratif présentées par les appelants en vertu de l'art. 15 de la Loi sur la sûreté des déplacements aériens (LSDA) — Ces demandes visaient à faire radier le nom des appelants de la liste des personnes inscrites en application de l'art. 8 de la LSDA — L'intimé a déposé pour chaque appel des dossiers d'appel caviardés et non caviardés — Pendant la préparation de ce dossier d'appel, il a retiré certains renseignements confidentiels — En réponse à l'inclusion des renseignements caviardés, la Cour a nommé des amici curiae — Des questions de droit préliminaires ont été soulevées concernant : le rôle des amici curiae dans le cadre de l'instance ex parte sous-jacente; la question de savoir si les amici curiae ont le pouvoir de contre-interroger des témoins; la question de savoir si les amici curiae sont autorisés à voir les renseignements retirés et informés des motifs pour lesquels ils ont été retirés — L'amicus curiae a pour rôle de servir la Cour — Les amici curiae n'agissent pas pour le compte des appelants, mais ils représentent leurs intérêts — Le rôle des amici curiae dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA consiste à aider la Cour à s'acquitter de ses obligations de garantir que le processus judiciaire est le plus équitable possible — Il s'agit d'une obligation qui exige que le juge désigné joue un rôle vigoureux — Les amici curiae ont pour tâche de représenter les intérêts des appelants à l'égard des questions de divulgation de renseignements sous le régime de la LSDA et quant à l'effet qu'ont ces renseignements sur le caractère raisonnable de la décision de maintenir le nom des appelants sur la liste de la LSDA — Ils jouent un rôle important — Ils ont pour tâche de plaider le caractère déraisonnable de la décision du ministre qui est portée en appel pendant les volets ex parte et à huis clos de l'appel — Le rôle des amici curiae n'est pas analogue à celui d'un avocat spécial — Les amici curiae n'ont pas pour tâche de protéger les intérêts des appelants ou d'assumer les fonctions des avocats des appelants lors de l'instance ex parte et à huis clos — Leur devoir est toujours envers la Cour et non envers les appelants — Des limites sont imposées aux communications entre les amici curiae et les appelants de façon à réduire le plus possible les risques de divulgation — Le juge désigné doit chercher à sécuriser les renseignements ou les autres éléments de preuve confidentiels de la manière la moins intrusive possible — Il est préférable d'exercer un pouvoir discrétionnaire judiciaire plutôt que d'imposer de strictes limites aux communications bilatérales entre les appelants et les amici curiae — Ce pouvoir*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Respondent Minister denying appellants' applications for administrative recourse under Secure Air Travel Act (SATA), s. 15 — Those applications seeking removal of appellants as listed persons pursuant to SATA, s. 8 — Minister maintaining appellants' status as listed persons under SATA following review of information — SATA engaging similar Charter rights as Immigration and Refugee Protection Act.*

*Construction of Statutes — Respondent Minister denying appellants' applications for administrative recourse under Secure Air Travel Act (SATA), s. 15 — Those applications seeking removal of appellants as listed persons pursuant to SATA, s. 8 — Minister maintaining appellants' status as listed persons under SATA following review of information — Findings made by Supreme Court in Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration) under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) applicable to SATA's appeal scheme — IRPA, case law concerning IRPA may be drawn upon to facilitate interpreting SATA, appeal provisions.*

At issue herein was the preliminary determination of legal questions arising in underlying appeals from decisions of the respondent Minister denying the appellants' respective applications for administrative recourse under section 15 of the *Secure Air Travel Act* (SATA), which sought to remove them as listed persons pursuant to section 8 of SATA. The underlying appeals were the first under SATA.

The respondent advised the appellants that their status as listed persons under SATA would be maintained. Following a review of the classified and unclassified information provided, the respondent concluded that there were reasonable grounds to

*discrétionnaire a été préservé dans la présente affaire — Les amici curiae ont eu accès aux renseignements et aux autres éléments de preuve confidentiels dans le cadre des présents appels — Il est indispensable que les amici curiae puissent prendre part à l'établissement des résumés des renseignements confidentiels — Le contre-interrogatoire des témoins est un élément essentiel du rôle des amici curiae, mais cette possibilité de procéder à un contre-interrogatoire n'est pas absolue — Les amici curiae sont autorisés à voir les renseignements qui ont été retirés et à prendre connaissance des raisons pour lesquelles ils l'ont été.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Le ministre intimé a rejeté les demandes de recours administratif présentées par les appelants en vertu de l'art. 15 de la Loi sur la sûreté des déplacements aériens (LSDA) — Ces demandes visaient à faire radier le nom des appelants de la liste des personnes inscrites en application de l'art. 8 de la LSDA — À la suite d'un examen des renseignements, le ministre a maintenu le statut de personnes inscrites des appelants sous le régime de la LSDA — La LSDA met en cause des droits garantis par la Charte qui sont semblables à ceux que met en cause la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés.*

*Interprétation des lois — Le ministre intimé a rejeté les demandes de recours administratif présentées par les appelants en vertu de l'art. 15 de la Loi sur la sûreté des déplacements aériens (LSDA) — Ces demandes visaient à faire radier le nom des appelants de la liste des personnes inscrites en application de l'art. 8 de la LSDA — À la suite d'un examen des renseignements, le ministre a maintenu le statut de personnes inscrites des appelants sous le régime de la LSDA — Les conclusions tirées par la Cour suprême dans l'affaire Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration) sous le régime de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) s'appliquent également au régime d'appel de la LSDA — La LIPR ainsi que la jurisprudence qui s'y rapporte peuvent servir à faciliter l'interprétation de la LSDA et de ses dispositions en matière d'appel.*

Était en litige en l'espèce des questions de droit préliminaires posées dans le cadre d'appels sous-jacents interjetés à l'encontre des décisions prises par le ministre intimé de rejeter les demandes de recours administratif présentées par chacun des appelants en vertu de l'article 15 de la *Loi sur la sûreté des déplacements aériens* (LSDA) pour faire radier leurs noms de la liste des personnes inscrites en application de l'article 8 de la LSDA. Les appels sous-jacents étaient les premiers interjetés sous le régime de la LSDA.

L'intimé a informé les appelants que leur statut de personnes inscrites sous le régime de la LSDA serait maintenu. À la suite d'un examen des renseignements confidentiels et non confidentiels fournis, l'intimé a conclu qu'il y avait des motifs

suspect that the appellants would engage or attempt to engage in an act that would threaten transportation security, or travel by air to commit certain terrorism offences. The appellants submitted notices of appeal asking the Court to order the removal of their names from the list arguing, *inter alia*, that the respondent's decision was unreasonable. Following the filing of the notices of appeal, the Court ordered the respondent to serve and file a public appeal book for each appeal. These appeal books contained numerous redactions made by the respondent. Subsequently, it was ordered, on October 7, 2019, that the respondent file with the designated Federal Court registry an unredacted appeal book for each appeal, containing and clearly identifying the information that the respondent asserts could be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed. While preparing this appeal book, the respondent withdrew certain classified information. In response to the inclusion of redacted information in the appeal books, two *amici curiae* were appointed in an order dated October 7, 2019. During an *ex parte* and *in camera* case management conference, the respondent and the *amici curiae* raised numerous legal issues regarding the withdrawn information, the role of the *amici curiae* in these appeals, the bifurcation of the appeals process between the "disclosure phase" and the "merits phase", and the role of the designated judge. A list of preliminary questions was subsequently endorsed by the Court. The respondent was of the opinion, *inter alia*, that section 16 of SATA provides for a two-stage procedure: a disclosure phase and a merits phase. The respondent argued that there is clear division between the role of the designated judge must assume in the disclosure phase of an appeal under SATA and the role of the designated judge must assume in the merits phase.

The bulk of the preliminary legal questions considered in the case at bar were: the role of the designated judge in an appeal pursuant to SATA; the role of the *amici curiae* in the *ex parte* proceedings and whether they have the power to cross-examine witnesses; whether the designated judge and the *amici curiae* should be allowed to see the withdrawn information and be informed of the reasons for which the respondent withdrew the information; whether the Federal Court, as a superior court of record, should retain a copy of the withdrawn information; and whether the scheme under section 16 of SATA allows for an *ex parte* hearing on the merits of the appeal.

*Held*, the role of the designated judge in SATA appeals is that of a robust and interventionist "gatekeeper"; the role of the *amici curiae* is to assist the Court by representing the interests of the appellants during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals; the withdrawn information, and the reasons for its

raisonnables de soupçonner que les appelants participeraient ou tenteraient de participer à un acte qui menacerait la sûreté des transports, ou se déplaceraient en aéronef dans le but de commettre certaines infractions de terrorisme. Les appelants ont déposé des avis d'appel demandant à la Cour d'ordonner que leurs noms soient radiés de la liste, faisant valoir notamment que la décision de l'intimé était déraisonnable. À la suite du dépôt des avis d'appel, la Cour a ordonné à l'intimé de signifier et de déposer pour chaque appel un dossier d'appel public. Ces dossiers d'appel contenaient de nombreux éléments caviardés par l'intimé. Par la suite, le 7 octobre 2019, la Cour a ordonné que l'intimé dépose auprès du greffe désigné de la Cour, et ce pour chaque appel, un dossier d'appel non caviardé contenant et identifiant clairement les renseignements qui, d'après lui, pourraient porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui s'ils étaient divulgués. Pendant la préparation de ce dossier d'appel, l'intimé a retiré certains renseignements confidentiels. En réponse à l'inclusion des renseignements caviardés dans les dossiers d'appel, la Cour a nommé deux *amici curiae* dans une ordonnance datée du 7 octobre 2019. Lors d'une conférence de gestion de l'instance tenue *ex parte* et à huis clos, l'intimé et les *amici curiae* ont soulevé de nombreuses questions de droit concernant les renseignements retirés, le rôle des *amici curiae* dans le cadre de ces appels, la disjonction du processus d'appel entre le « volet relatif à la divulgation » et le « volet relatif au fond », de même que le rôle du juge désigné. Une liste de questions préliminaires a par la suite été entérinée par la Cour. L'intimé a dit être d'avis notamment que l'article 16 de la LSDA prévoit une procédure en deux étapes : celle de la divulgation et celle du fond. Il a soutenu qu'il existe une distinction claire entre le rôle que le juge désigné doit jouer à l'étape de la divulgation d'un appel interjeté sous le régime de la LSDA et le rôle qu'il est tenu de jouer à l'étape du fond.

Le gros des questions de droit préliminaires examinées dans le cadre de l'affaire étaient les suivantes : le rôle du juge désigné dans un appel interjeté sous le régime de la LSDA; le rôle des *amici curiae* dans le cadre de l'instance *ex parte* et la question de savoir s'ils ont le pouvoir de contre-interroger des témoins; la question de savoir s'il faudrait que le juge désigné et les *amici curiae* soient autorisés à voir les renseignements retirés et informés des motifs pour lesquels l'intimé les a retirés; la question de savoir si la Cour fédérale, en tant que cour supérieure d'archives, devrait conserver une copie des renseignements retirés; et la question de savoir si le régime prévu à l'article 16 de la LSDA autorise la tenue d'une audience *ex parte* sur le fond de l'appel.

*Arrêt* : le rôle du juge désigné dans un appel interjeté sous le régime de la LSDA est un rôle de « gardien » vigoureux et interventionniste; le rôle des *amici curiae* est d'aider la Cour en représentant les intérêts des appelants lors des volets *ex parte* et à huis clos des appels; les renseignements retirés, ainsi que

withdrawal, must be provided to the designated judge and the *amici curiae*; an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits is called for in appeals under the SATA.

The role of the designated judge in appeals under SATA is that of a “gatekeeper” vested in not only ensuring the reasonableness of the Minister’s decision but also a fair process that respects the fundamental rights and freedoms of the appellant while simultaneously securing the confidentiality of certain information in the interest of national security. In national security matters, the overarching role of the designated judge is to be the arbiter between the collective interest in national security and the rights and freedoms of individuals. The designated judge’s overall judicial duty is to reconcile this tension to ensure procedural fairness and the proper administration of justice while still protecting the exceptional collective interest in the secrecy of information and evidence in this context. The designated judge must take all the alternative measures available within the limits of their relevant statutory and inherent powers to give effect to an individual’s right to a fair judicial process in the circumstances. This will vary from one legislative scheme to the next. Should the active interventions of the designated judge alone be unable to ensure these fundamental components of a fair judicial process, their overarching role as a gatekeeper might require them to appoint an *amicus curiae*. The appeal provisions under SATA put in place several limits on the appeal procedures in order to protect Canada’s national security interests. SATA assigns the designated judge the sole responsibility of deciding whether information or evidence meets the criterion to be kept confidential and must be heard *ex parte* and *in camera*. This duty requires a designated judge to assume a robust and interventionist role. Despite the need to keep certain information confidential from the public and the appellant, the designated judge still has the duty to “provide the appellant and the Minister with [a reasonable] opportunity to be heard”. Like an elastic, designated judges must stretch their statutory and inherent powers to ensure that as much disclosure is provided to the appellant while stopping short of the breaking point. The designated judge must assume their “gatekeeper” role at all times during the SATA appeal, including when assessing the reasonableness of the Minister’s decision. The power at subsection 16(5) of SATA to order that an appellant’s name be removed from the SATA list is indicative of Parliament’s intent of assigning designated judges a hands-on role. This jurisdiction to conclude differently from the Minister and “order the Minister” to remove the name of the appellant from the list is not an attribute of a conventional judicial review. The appeal before the designated judge is not necessarily based solely on the same record that was before the decision maker. This is an important difference between an appeal under SATA and a conventional appeal or judicial review to the Federal Court. The potential for a change in the record is indicative of an intent for the designated judge to undertake a

les raisons de leur retrait, doivent être fournis au juge désigné et aux *amici curiae*; une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond de la décision s’impose dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA.

Le rôle du juge désigné dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA est celui d’un « gardien » chargé non seulement de veiller au caractère raisonnable de la décision du ministre, mais aussi à la présence d’un processus équitable qui respecte les droits et libertés fondamentaux de l’appellant, tout en préservant la confidentialité de certains renseignements dans l’intérêt de la sécurité nationale. En matière de sécurité nationale, le rôle fondamental que joue le juge désigné consiste à arbitrer le choc entre l’intérêt collectif à l’égard de la sécurité nationale et les droits et libertés des individus. L’obligation judiciaire générale du juge désigné consiste à concilier cette tension pour assurer l’équité procédurale et la bonne administration de la justice, tout en continuant de protéger l’intérêt exceptionnel de la collectivité à l’égard du caractère secret des renseignements et des éléments de preuve dans ce contexte. Le juge désigné est tenu de prendre toutes les mesures de rechange dont il dispose dans les limites de ses pouvoirs inhérents et législatifs pertinents pour donner effet au droit d’un individu à un processus judiciaire équitable dans les circonstances. Cela varie d’un régime législatif à l’autre. Si les interventions actives du juge désigné sont incapables à elles seules de garantir ces éléments fondamentaux d’un processus judiciaire équitable, le rôle général de gardien qu’il joue pourrait l’obliger à désigner un *amicus curiae*. Les dispositions en matière d’appel de la LSDA imposent plusieurs limites aux procédures d’appel de manière à protéger les intérêts du Canada sur le plan de la sécurité nationale. La LSDA attribue au juge désigné l’entière responsabilité de décider si des renseignements ou des éléments de preuve répondent au critère relatif à l’impératif de confidentialité et s’ils doivent être entendus *ex parte* et à huis clos. Il s’agit d’une obligation qui exige que le juge désigné joue un rôle vigoureux et interventionniste. Malgré ce besoin de veiller à ce que certains renseignements ne soient pas communiqués au public et à l’appellant, le juge désigné a tout de même l’obligation de « donne[r] à l’appelant et au ministre la possibilité [raisonnable] d’être entendus ». Le juge désigné doit étirer comme un élastique ses pouvoirs inhérents et législatifs afin de faire en sorte que l’on communique le maximum de renseignements à l’appellant tout en s’arrêtant avant le point de rupture. Le juge désigné se doit de jouer en tout temps son rôle de « gardien » pendant l’appel interjeté sous le régime de la LSDA, et cela inclut le moment où il évalue le caractère raisonnable de la décision du ministre. Le pouvoir, attribué au paragraphe 16(5) de la LSDA, d’ordonner que le nom d’un appellant soit radié de la liste de la LSDA, dénote l’intention du législateur d’attribuer aux juges désignés un rôle pratique. Ce pouvoir d’arriver à une conclusion différente de celle du ministre et d’« ordonner au ministre » de radier le nom de l’appellant de la liste n’est pas un attribut d’un contrôle judiciaire

non-deferential role, as a different record requires a designated judge to reassess afresh the evidence grounding a decision according to this change. The designated judge must be an active participant in an appeal under SATA, notably given the fact that, in ensuring that this evidence is “reliable and appropriate”, the designated judge is additionally responsible for considering evidence that may not be admissible in a court of law and may not be disclosed to the appellant due to national security reasons. The role of the judge does not differ according to the “phase” of the appeal and the word “reasonableness” at subsection 16(4) does not signal that the designated judge should assume a deferential role when assessing the merits of the appeal, similar to the role assumed by a judge in a conventional judicial review. First, there is no indication in SATA of an intent to divide the proceedings or the role of the judge into two separate phases. There is no indication that Parliament intended to erode the designated judge’s discretion to fashion a fair judicial process according to the circumstances of the case and notably the type of confidential information being submitted. Second, the deference owed by the designated judge is based on the circumstances. In the context of national security where one party is denied full disclosure and full participation, this requires the judge to assume an “active” and “non-deferential role” at all stages of the proceedings (*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*). These findings made in the context of certificate cases under the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) are applicable to SATA’s appeal scheme as well. Designated judges in appeals under SATA must actively involve themselves in testing the evidence presented by the Minister all throughout the *ex parte* and *in camera* proceedings, including questioning the witnesses before the Court in *ex parte* and *in camera* proceedings. While the legislative schemes of SATA and IRPA should not be viewed as identical as they have different purposes and distinctive traits, this does not mean that IRPA, and the case law concerning it, cannot be drawn upon to facilitate interpreting SATA and its appeal provisions. SATA appears to engage similar Charter rights as IRPA, notably rights guaranteed in section 7 of the Charter. Despite some differences, the role assigned to the judge in both IRPA and SATA is overall similar. Although both legislative schemes may serve different purposes, in each case the designated judge is called upon to adjudicate in an environment where the concerned individual is denied full participation and full disclosure for national security reasons. This in itself is exceptional. Therefore, the role of the designated judge must be adjusted, relative to the conventional role assumed during judicial reviews, so that a fair judicial process may be possible. The differences between these legislative schemes does not diminish in any way the role the designated judge must assume.

classique. L’appel interjeté devant le juge désigné n’est pas nécessairement fondé uniquement sur le même dossier que celui dont disposait le décideur. C’est là une différence marquante entre un appel interjeté sous le régime de la LSDA et un appel ou une demande de contrôle judiciaire classique que l’on dépose devant la Cour fédérale. La possibilité de faire un changement dans le dossier dénote l’intention que le juge désigné puisse jouer un rôle non empreint de retenue, car un dossier différent exige que le juge désigné réexamine les éléments de preuve sur lesquels repose une décision en fonction de ce changement. Le juge désigné doit participer de manière active aux appels interjetés sous le régime de la LSDA, compte tenu notamment du fait que, pour s’assurer que ces éléments de preuve sont « digne[s] de foi et utile[s] », le juge désigné est en outre chargé de prendre en considération des éléments de preuve qui ne sont peut-être pas admissibles devant une cour de justice et peuvent ne pas être communiqués à l’appellant pour des raisons de sécurité nationale. Le rôle du juge ne diffère pas en fonction de l’« étape » de l’appel et le mot « raisonnable », au paragraphe 16(4), n’indique pas que le juge désigné doit faire preuve de retenue quand il évalue le fond de l’appel, comme le ferait un juge dans le cadre d’un contrôle judiciaire classique. Premièrement, rien dans la LSDA n’indique une intention de scinder en deux étapes distinctes l’instance ou le rôle du juge. Rien n’indique que le législateur entendait miner le pouvoir discrétionnaire qu’a le juge désigné de concevoir un processus judiciaire équitable en fonction des circonstances de l’affaire et, notamment, le genre de renseignements confidentiels produits. Deuxièmement, la retenue dont le juge désigné doit faire preuve est fondée sur les circonstances. Dans le contexte de la sécurité nationale, où une partie se voit privée d’une divulgation et d’une participation pleines et entières, le juge doit jouer un rôle « actif » et « [non empreint] de retenue » à toutes les étapes de l’instance (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*). Ces conclusions, tirées dans le contexte d’affaires relatives à un certificat de sécurité sous le régime de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), s’appliquent également au régime d’appel de la LSDA. Dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA, les juges désignés doivent s’occuper activement de vérifier les éléments de preuve que présente le ministre tout au long de l’instance *ex parte* et à huis clos, ce qui inclut l’interrogation des témoins devant la Cour. Il ne faudrait pas considérer que les régimes législatifs de la LSDA et de la LIPR sont identiques, car ils ont des objets différents et des caractéristiques distinctives, mais cela ne veut pas dire que la LIPR ainsi que la jurisprudence qui s’y rapporte ne peuvent pas servir à faciliter l’interprétation de la LSDA et de ses dispositions en matière d’appel. La LSDA semble mettre en cause des droits garantis par la Charte qui sont semblables à ceux que met en cause la LIPR, notamment ceux garantis à l’article 7 de la Charte. Malgré quelques différences, le rôle que confient au juge la LIPR et la LSDA est, de façon générale, semblable. Bien que les deux régimes législatifs puissent servir à des fins différentes, dans chaque

In essence, the role of an *amicus curiae* is to serve the Court. In the context of national security, the *amicus curiae*'s mandate remains to be sculpted by the respective judge who appoints them. The designated judge's inherent powers to appoint an *amicus curiae* and craft their mandate according to the circumstances do not permit the designated judge to assign the *amici curiae* a mandate that would have them act "on behalf" of the appellants. However, the inherent powers permit the designated judge to assign them a mandate to "represent the interests" of the appellants. "Representing the interests" of an appellant during the *ex parte* and *in camera* portions of an appeal is still compatible with the inherent limits on the role of the *amicus curiae* as this is consistent with what is said in *Canada (Attorney General) v. Telbani*, and consistent with the role often assigned by the Supreme Court of Canada to *amici curiae* pursuant to subsection 53(7) of the *Supreme Court Act*. The appointment of an *amicus curiae* under SATA is consistent with the implied intention of the statutory duties assigned to a designated judge in section 16 of SATA. Given that role, and the absence of the appellant and their counsel during *ex parte* and *in camera* hearings on the confidential information or evidence, the appointment of an *amicus curiae* is implicitly required to allow the judge to fulfill their duties. The appointment of an *amicus curiae* in an appeal under SATA is not only consistent with a harmonious reading of the statutory procedures for appeals under subsection 16(6) of SATA, but is also consistent with its object as well as Parliament's intent. The *amici curiae*'s role in these appeals under SATA is to assist the Court in fulfilling its duties: the review of the reasonableness of the Minister's decision in a manner that ensures the appellants are afforded a fair judicial process within the limits on disclosure and participation that have been imposed by SATA in the interest of national security. This requires the designated judge to assign the *amici curiae* a robust mandate in order to ensure the fairest judicial process possible within the judge's statutory and inherent powers. First, the *amici curiae* are tasked with representing the interests of the appellants with regard to issues of disclosure of information or evidence under SATA. Second, should the circumstances require that some information or other evidence remain confidential pursuant to the limits of SATA, the role of the *amici curiae* is to represent the interests of the appellants with regard to the impact of this information or other evidence on the reasonableness of the Minister's decision to keep the appellants on the SATA

cas le juge désigné est appelé à rendre une décision dans un contexte où la personne visée est privée d'une participation et d'une divulgation pleines et entières pour des raisons de sécurité nationale. Ce fait en soi est exceptionnel. Par conséquent, le rôle du juge désigné doit être rajusté par rapport au rôle classique qui est joué lors d'un contrôle judiciaire de façon que le processus judiciaire puisse être équitable. La différence entre ces régimes législatifs n'amointrit nullement le rôle que doit jouer le juge désigné.

L'*amicus curiae* a essentiellement pour rôle de servir la Cour. Dans le contexte de la sécurité nationale, c'est au juge qui nomme l'*amicus curiae* qu'il appartient de structurer le mandat de ce dernier. Les pouvoirs inhérents dont le juge désigné dispose pour nommer un *amicus curiae* et structurer son mandat en fonction des circonstances ne lui permettent pas d'attribuer aux *amici curiae* un mandat qui les amènerait à agir « pour le compte » des appelants. Cependant, ces pouvoirs inhérents permettent au juge désigné de leur attribuer le mandat de « représenter les intérêts » des appelants. Le fait de « représenter les intérêts » d'un appellant lors des parties *ex parte* et à huis clos d'un appel est encore compatible avec les limites inhérentes du rôle de l'*amicus curiae*, car cela concorde avec ce qui est dit dans la décision *Canada (Procureur général) c. Telbani*, et avec le rôle qu'attribue souvent la Cour suprême du Canada aux *amici curiae*, conformément au paragraphe 53(7) de la *Loi sur la Cour suprême*. La nomination d'un *amicus curiae* sous le régime de la LSDA est une mesure qui est compatible avec l'objet implicite des obligations légales qu'attribue au juge désigné l'article 16 de la LSDA. Vu ce rôle et l'absence de l'appellant et de son avocat lors des audiences *ex parte* et à huis clos qui portent sur les renseignements ou les éléments de preuve confidentiels, la nomination d'un *amicus curiae* est implicitement exigée pour que le juge puisse s'acquitter de ses fonctions. La nomination d'un *amicus curiae* dans le cadre d'un appel interjeté sous le régime de la LSDA est compatible non seulement avec une interprétation harmonieuse des dispositions législatives en matière d'appel que prévoit le paragraphe 16(6) de la LSDA, mais aussi avec l'objet de cette dernière et avec l'intention du législateur. Le rôle des *amici curiae* dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA consiste à aider la Cour à s'acquitter de ses obligations : examiner le caractère raisonnable de la décision du ministre d'une manière qui garantit que l'on procure aux appelants un processus judiciaire équitable dans les limites qu'impose la LSDA au processus de divulgation et de participation dans l'intérêt de la sécurité nationale. Cela oblige le juge désigné à attribuer un mandat vigoureux aux *amici curiae* afin de garantir que le processus judiciaire est le plus équitable possible dans les limites des pouvoirs inhérents et législatifs qui sont conférés au juge. Premièrement, les *amici curiae* ont pour tâche de représenter les intérêts des appelants à l'égard de questions de divulgation de renseignements ou d'éléments de preuve sous le régime de la LSDA. Deuxièmement, si les circonstances viennent à exiger que certains renseignements ou autres

list. The *amici curiae* are called upon to assume a substantial role. The *amici curiae* are tasked with arguing the unreasonableness of the Minister's decision under appeal, in a manner that is complementary to the appellants' position on the public evidence, based on the confidential information and evidence, during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeal. This is essential in permitting the designated judge to ground their decision on the facts and the law. Overall, the roles assigned to the *amici curiae* go beyond the roles assigned to the *amici curiae* in *Telbani* and share many similarities with the role of a special advocate. This is due to the difference in circumstances and notably the absence of a considerable discretionary power to disclose information or other evidence if, in the judge's opinion, the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure. The role of the *amici curiae* assigned in the October 7, 2019, order must not be read as analogous to a special advocate—the *amici curiae* remain friends of the Court and have no solicitor-client relationship privilege with the appellants. As such, the *amici curiae* are not tasked with protecting the interests of the appellants and assuming the functions of the appellants' counsel during the *ex parte* and *in camera* proceedings. In sum, although representing the interests of the appellants before this Court during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeal is the way in which the *amici curiae* assist the designated judge in fulfilling their duties to ensure a fair judicial process in the circumstances and to decide the reasonableness of the Minister's decision, the *amici curiae* must exercise this role in accordance with their inherent role of assisting the Court; their duty is always to the Court and not the appellants. It is essential that the Court sculpt a mandate that permits a free-flowing exchange between the appellants, their counsel, and the *amici curiae*. As *SATA* imposes limits on full disclosure, certain limits must be imposed on the communication between the *amici curiae* and the appellants to minimize serious risk of disclosure. These limits are inevitable. However, given the importance of meaningful communication between the appellants and the *amici curiae*, a designated judge must seek to secure the confidential information or other evidence in the least intrusive manner possible. Preserving the designated judge's discretion to permit future two-way communication between the appellants and their counsel with the *amici curiae* following their access to the confidential information or other evidence is essential as is exercising this discretion in a cautious but liberal manner. Rigid limits on two-way communication must not be preferred over the exercise of thoughtful discretion. This is why this discretion was preserved in the October 7, 2019, order. This order appointing the *amici curiae* provides that they have access to the confidential information and other evidence in the appeals herein. This broad access is vital in allowing the *amici curiae* to assist the Court by representing the interests of the appellants during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals. It would likely require extremely exceptional circumstances to justify not permitting an *amicus curiae* to view certain confidential information. *SATA* pushes

éléments de preuve demeurent confidentiels conformément aux limites qu'impose la LSDA, le rôle des *amici curiae* consiste à représenter les intérêts des appelants quant à l'effet qu'ont ces renseignements ou ces autres éléments de preuve sur le caractère raisonnable de la décision du ministre de maintenir le nom des appelants sur la liste de la LSDA. Les *amici curiae* sont appelés à jouer un rôle important. Les *amici curiae* ont pour tâche de plaider le caractère déraisonnable de la décision du ministre qui est portée en appel d'une manière qui complète la position des appelants au sujet des éléments de preuve publics, en se fondant sur les renseignements et les éléments de preuve confidentiels, pendant les volets « *ex parte* » et « à huis clos » de l'appel. Ce rôle est essentiel pour permettre au juge désigné de fonder sa décision sur les faits et le droit applicables. Dans l'ensemble, les rôles attribués aux *amici curiae* vont au-delà des rôles attribués aux *amici curiae* dans l'affaire *Telbani*, et ils comportent de nombreuses similitudes avec le rôle d'un avocat spécial. Cela est dû aux situations différentes et notamment à l'absence d'un pouvoir discrétionnaire considérable permettant au juge d'autoriser la divulgation des renseignements ou d'autres éléments de preuve s'il estime que l'intérêt public à l'égard de la divulgation l'emporte sur l'intérêt public à l'égard de la non-divulgation. Le rôle attribué aux *amici curiae* dans l'ordonnance datée du 7 octobre 2019 ne doit pas être considéré comme analogue à celui d'un avocat spécial — les *amici curiae* demeurent des amis de la cour et ils n'ont aucun privilège avocat-client avec les appelants. Cela étant, les *amici curiae* n'ont pas pour tâche de protéger les intérêts des appelants et d'assumer les fonctions des avocats des appelants lors de l'instance *ex parte* et à huis clos. En résumé, même si en représentant les intérêts des appelants devant notre Cour pendant les volets « *ex parte* » et « à huis clos » de l'appel les *amici curiae* aident le juge désigné à s'acquitter de ses obligations d'assurer un processus judiciaire équitable dans les circonstances et de se prononcer sur le caractère raisonnable de la décision du ministre, les *amici curiae* sont tenus d'exercer ce rôle en accord avec leur rôle inhérent, qui consiste à aider la Cour, et leur devoir est toujours envers la Cour et non envers les appelants. Il est essentiel que la Cour conçoive un mandat qui autorise les appelants, leurs avocats et les *amici curiae* à s'échanger librement des informations. Étant donné que le LSDA impose des limites à la divulgation complète, il est nécessaire d'imposer certaines limites aux communications entre les *amici curiae* et les appelants de façon à réduire le plus possible les risques de divulgation. Ces limites sont inévitables. Cependant, vu l'importance de communications constructives entre les appelants et les *amici curiae*, le juge désigné doit chercher à sécuriser les renseignements ou les autres éléments de preuve confidentiels de la manière la moins intrusive possible. Il est essentiel que le pouvoir discrétionnaire du juge désigné d'autoriser toute communication bilatérale entre les appelants, leurs avocats et les *amici curiae* après que ces derniers ont eu accès aux renseignements ou aux autres éléments de preuve confidentiels soit préservé et qu'il exerce ce pouvoir discrétionnaire de manière prudente, mais libérale. Il est préférable



the designated judge onto a tightrope where they must summarize confidential information in a manner that does not include the elements of this information that would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed. These summaries are the most powerful tool at the designated judge's disposal. Consequently, the *amici curiae's* participation in the creation of these summaries is vital.

The *amici curiae* should have the opportunity to cross-examine the witnesses on aspects relating to the merits of the appeals. This is an essential component of their role. The Court's role as a "gatekeeper" allows it to impose restrictions on this power to cross-examine should the *amici curiae's* cross-examination go beyond assisting the Court in fulfilling its duties. Parliament could not have intended to rely on the designated judge's discretion to appoint an *amicus curiae* as a means of ensuring a fair judicial process while simultaneously intending to limit the designated judge's discretion to confer a mandate to an *amicus curiae* that includes the ability to fully cross-examine witnesses during *ex parte* and *in camera* hearings. As the *ex parte* and *in camera* proceedings evolve, it is the duty of the *amici curiae* to exercise, when opportune, their power to cross-examine in order to represent the interests of the appellants. However, the opportunity to cross-examine is not absolute and must be used astutely and professionally; it is therefore subject to the respondent's prerogative to make objections, which then calls for a ruling by the designated judge. The *amici curiae* must be given the opportunity to cross-examine the respondent's witnesses concerning the information or other evidence presented to support the respondent's confidentiality claims. A reading of SATA that prohibits the designated judge from assigning the ability to cross-examine the respondent's witnesses to the *amici curiae* is inconsistent with SATA's overall object of balancing the national security interest in secrecy with an individual's rights and freedoms, a legislative scheme that largely relies on its appeal mechanism to achieve this balance. Such limits on cross-examination would render the appeal at section 16 of SATA hollow.

d'exercer un pouvoir discrétionnaire judiciaire plutôt que d'imposer de strictes limites aux communications bilatérales. C'est la raison pour laquelle ce pouvoir discrétionnaire est préservé dans l'ordonnance du 7 octobre 2019. L'ordonnance nommant les *amici curiae* prévoit que ces derniers ont accès aux renseignements et aux autres éléments de preuve confidentiels dans le cadre des présents appels. Ce vaste accès est essentiel pour permettre aux *amici curiae* d'aider la Cour à représenter les intérêts des appelants lors des volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels. Il faudrait vraisemblablement qu'il y ait des circonstances des plus exceptionnelles pour qu'il soit justifié d'interdire à un *amicus curiae* d'examiner certains renseignements confidentiels. La LSDA oblige le juge désigné à marcher sur une corde raide en le contraignant à résumer des renseignements confidentiels d'une manière qui n'inclut pas les éléments de ces renseignements qui, s'ils étaient divulgués, porteraient atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Ces résumés sont l'outil le plus puissant dont dispose le juge désigné. Il est donc indispensable que les *amici curiae* puissent prendre part à l'établissement de ces résumés.

Les *amici curiae* devraient avoir la possibilité de contre-interroger les témoins sur des aspects qui se rapportent également au fond des appels. Il s'agit d'un élément essentiel de leur rôle. Le rôle de « gardien » de la Cour lui permet d'imposer des restrictions à ce pouvoir de contre-interroger les témoins advenant que le contre-interrogatoire que mènent les *amici curiae* dépasse le cadre consistant à aider la Cour à s'acquitter de ses obligations. Le législateur ne pouvait avoir l'intention de se fonder sur le pouvoir discrétionnaire du juge désigné de nommer un *amicus curiae* comme moyen d'assurer un processus judiciaire équitable tout en ayant simultanément l'intention de restreindre le pouvoir discrétionnaire du juge désigné de conférer à un *amicus curiae* un mandat qui comporte la capacité de contre-interroger pleinement des témoins lors d'audiences *ex parte* et à huis clos. À mesure qu'évoluent les procédures « *ex parte* » et « à huis clos », il incombe aux *amici curiae* d'exercer, au moment opportun, leur pouvoir de procéder à un contre-interrogatoire de manière à représenter les intérêts des appelants. Cependant, la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire n'est pas absolue et doit être utilisée de manière avisée et professionnelle; elle est donc assujettie à la prérogative qu'a l'intimé de formuler des objections, lesquelles appellent ensuite une décision de la part du juge désigné. Il y a lieu de donner aux *amici curiae* la possibilité de contre-interroger les témoins de l'intimé au sujet des renseignements ou des autres éléments de preuve présentés à l'appui des revendications de confidentialité de ce dernier. Une interprétation de la LSDA qui interdit au juge désigné d'attribuer aux *amici curiae* la capacité de contre-interroger les témoins de l'intimé est incompatible avec l'objet général de cette loi, qui consiste à mettre en balance l'intérêt en matière de secret pour des raisons de sécurité nationale et les droits et libertés individuels, un régime législatif qui se fonde en grande partie

The designated judge and the *amici curiae* are allowed to see withdrawn information and be provided with the reasons for its withdrawal. SATA does not restrict the designated judge, or the *amici curiae*, from seeing this withdrawn information or being informed of its withdrawal; it requires the Court to ensure its confidentiality. The Court must seek to preserve an accurate historical record of these appeals. This includes any withdrawn information or evidence seeing as it could have an impact on the other information or evidence relied upon in these appeals.

Finally, an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits is permitted under SATA. The purpose of an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits is to permit the designated judge to hear and actively probe confidential information that cannot be disclosed to an appellant, as well as submissions on this information, in order to determine whether the Minister's decision was reasonable.

sur son mécanisme d'appel pour réaliser cet équilibre. De telles limites au contre-interrogatoire videraient de son sens l'appel prévu à l'article 16 de la LSDA.

Le juge désigné et les *amici curiae* sont autorisés à voir les renseignements qui ont été retirés et à prendre connaissance des raisons pour lesquelles ils l'ont été. La LSDA n'empêche pas le juge désigné, ou les *amici curiae*, de consulter les renseignements retirés ou d'être informés de leur retrait; elle exige que la Cour en garantisse la confidentialité. La Cour doit conserver l'historique exact des dossiers des présents appels. Tous les renseignements ou éléments de preuve retirés sont notamment visés, car ils pourraient avoir une incidence sur les autres renseignements ou éléments de preuve invoqués dans les présents appels.

Enfin, il est permis, sous le régime de la LSDA, de tenir une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond de la décision. Une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond d'une décision a pour objet de permettre au juge désigné d'entendre et d'analyser en détail des renseignements confidentiels qui ne peuvent pas être divulgués à l'appelant, ainsi que les observations relatives à ces renseignements, de façon à déterminer si la décision du ministre était raisonnable.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Aeronautics Act*, R.S.C., 1985, c. A-2.  
*Anti-Terrorism Act*, 2015, S.C. 2015, c. 20.  
*Canada Evidence Act*, R.C.S., 1985, c. C-5, ss. 38, 38.06(2).  
*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, 2(a),(b)(d), 6, 7, 11(d).  
*Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 18.1, 21.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 4.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 63(1)(e), 343.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1)(h)(i),(2)(g),(h),(3)(d),(f), 78, 79, 79.1(1), 83, 85.1(1), 85.2(c), 87.  
*National Security Act, 2017*, S.C. 2019, c. 13, preamble.  
*Secure Air Travel Act*, S.C. 2015, c. 20, s. 11, ss. 4(1), 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13(a), 15, 16, 17, 20.  
*Secure Air Travel Regulations*, SOR/2015-181, ss. 5(1),(2),(3).  
*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 53(7).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2a),b),d), 6, 7, 11d).  
*Loi antiterroriste de 2015*, L.C. 2015, ch. 20.  
*Loi de 2017 sur la sécurité nationale*, L.C. 2019, ch. 13, préambule.  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53(7).  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38, 38.06(2).  
*Loi sur la sûreté des déplacements aériens*, L.C. 2015, ch. 20, art. 11, art. 4(1), 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13a), 15, 16, 17, 20.  
*Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. (1985), ch. A-2.  
*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 18.1, 21.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 4.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1)(h)(i),(2)(g),h),(3)(d),f), 78, 79, 79.1(1), 83, 85.1(1), 85.2(c), 87.  
*Règlement sur la sûreté des déplacements aériens*, DORS/2015-181, art. 5(1),(2),(3).  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 63(1)(e), 343.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Canada (Attorney General) v. Telbani*, 2014 FC 1050; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33; *R. v. Rafilovich*, 2019 SCC 51, 442 D.L.R. (4th) 539; *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 46, [2008] 3 F.C.R. 306; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *Canada (Attorney General) v. Huang*, 2018 FCA 109, 362 C.C.C. (3d) 87; *Section 18.1 of the Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, as amended (Re)*, 2018 FCA 161, [2019] 2 F.C.R. 333.

## CONSIDERED:

*R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, (1993), 109 D.L.R. (4th) 478; *X (Re)*, 2017 FC 136, [2017] 4 F.C.R. 391; *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; *R. v. Ahmad*, 2011 SCC 6, [2011] 1 S.C.R. 110; *Canadian Security Intelligence Service Act (Re)*, 2008 FC 300, [2008] 3 F.C.R. 477; *Sellathurai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FCA 223, [2012] 2 F.C.R. 243; *R. v. Jaser*, 2014 ONSC 2277; *R. v. Imona-Russel*, 2019 ONCA 252, 145 O.R. (3d) 197; *Harkat (Re)*, 2009 FC 340, 339 F.T.R. 129; *R. v. Howard*, [1989] 1 S.C.R. 1337, (1989), 48 C.C.C. (3d) 38; *R. v. Lytle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193.

## REFERRED TO:

*Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General); Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General); R. v. Fink*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 208; *Radio-television and Telecommunications Commission*, [1995] 2 S.C.R. 781, (1995), 125 D.L.R. (4th) 471; *Harkat (Re)*, 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635; *Desjardins, Ducharme, Stein, Monast v. Canada (Department of Finance)*, [1999] 2 F.C. 381, (1998), 159 F.T.R. 129 (T.D.); *Reference re Quebec Sales Tax*, [1994] 2 S.C.R. 715, (1994), 115 D.L.R. (4th) 449; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, (1995), O.R. (3d) 160; *Ader v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 105; *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2011 FCA 54, 331 D.L.R. (4th) 703; *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FC 490, [2008] 1 F.C.R. 547, aff'd 2007 FCA 388, [2008] 4 F.C.R. 3; *Sections 16 and 21 of the Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23 (Re)*, 2018 FCA 207; *X (Re)*, 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567; *X (Re)*, 2014 FCA 249, [2015] 1 F.C.R. 684; *Harkat (Re)*, 2010 FC 1241,

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Canada (Procureur général) c. Telbani*, 2014 CF 1050; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33; *R. c. Rafilovich*, 2019 CSC 51; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 46, [2008] 3 R.C.F. 306 *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. Huang*, 2018 CAF 109; *Article 18.1 de la Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, tel que modifié (Re)*, 2018 CAF 161, [2019] 2 R.C.F. 333

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *X (Re)*, 2017 CF 136, [2017] 4 R.C.F. 391; *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110; *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2008 CF 300, [2008] 3 R.C.F. 477; *Sellathurai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CAF 223, [2012] 2 R.C.F. 243; *R. v. Jaser*, 2014 ONSC 2277; *R. v. Imona-Russel*, 2019 ONCA 252, 145 O.R. (3d) 197; *Harkat (Re)*, 2009 CF 340; *R. c. Howard*, [1989] 1 R.C.S. 1337; *R. c. Lytle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général); Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général); R. c. Fink*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 208; *Telecommunications Workers Union c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)*, [1995] 2 R.C.S. 781; *Harkat (Re)*, 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635; *Desjardins, Ducharme, Stein, Monast c. Canada (Ministère des Finances)*, [1999] 2 C.F. 381 (1<sup>re</sup> inst.); *Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec*, [1994] 2 R.C.S. 715; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Ader c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 105; *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2011 CAF 54; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, [2008] 1 R.C.F. 547, conf. par 2007 CAF 388, [2008] 4 R.C.F. 3; *Articles 16 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23 (Re)*, 2018 CAF 207; *X (Re)*, 2018 CF 738, [2019] 1 R.C.F. 567; *X (Re)*, 2014 CAF 249, [2015] 1 R.C.F. 684; *Harkat (Re)*, 2010 CF 1241, [2012] 3 R.C.F. 251; *Soltanizadeh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*,

[2012] 3 F.C.R. 251; *Soltanizadeh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 450; *Charkaoui (Re)*, 2009 FC 1030, [2010] 4 F.C.R. 448; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3.

2020 CF 450; *Charkaoui (Re)*, 2009 CF 1030, [2010] 4 R.C.F. 448; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3.

## AUTHORS CITED

Binnie, Ian. “*Entrenched Rights in the Age of Counter-Terrorism*” (Hong Kong Conference in Criminal Law, 13 November 2004).

Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations*. Ottawa: The Commission, 2006.

Canada. Parliament. *Debates of the Senate*, 41st Parl., 2nd Sess., Vol. 149, No. 142 (14 May 2015).

Canada. Parliament. House of Commons. Standing Committee on Public Safety and National Security. *Evidence*, 42nd Parl., 1st Sess., No. 90 (7 December 2017).

Canada. Parliament. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on National Security and Defence*, 42nd Parl., 1st Sess., No. 40 (10 April 2019).

Dickens, B. M. “A Canadian Development: Non-Party Intervention”, [1977] 40 *Mod. L. Rev.* 666.

Mohan, S. Chandra. “The Amicus Curiae: Friends No More?”, [2010] 12 *S.J.L.S.* 352.

*Osborn’s Concise Dictionary*, 12th ed. Sweet & Maxwell: Thomson Reuters, 2013, “court of record”.

*Oxford Dictionary of Law*, 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, “court of record”.

Schmitz, Cristin. “Chief Justice shows where line is drawn” *Lawyers Daily* (2 July 2015).

PRELIMINARY DETERMINATION of legal questions arising in underlying appeals from decisions of the respondent Minister denying the appellants’ respective applications for administrative recourse under section 15 of the *Secure Air Travel Act*, which sought to remove them as listed persons pursuant to section 8 thereof. Questions answered, order dated October 7, 2019, appointing *amici curiae* amended accordingly.

## APPEARANCES

*Karin Blok* and *Eric Purtzki* for appellant  
Bhagat Singh Brar.

## DOCTRINE CITÉE

Binnie, Ian. « *Entrenched Rights in the Age of Counter-Terrorism* » (Hong Kong Conference in Criminal Law, 13 November 2004).

Canada. Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*. Ottawa : La Commission, 2006.

Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de la sécurité publique et nationale. *Témoignages*, 42<sup>e</sup> lég. 1<sup>re</sup> sess., fascicule n° 90 (7 décembre 2017).

Canada. Parlement. *Débats du Sénat*, 41<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., vol. 149, fascicule n° 142 (14 mai 2015).

Canada. Parlement. Sénat. *Délibération du Comité sénatorial permanent de la sécurité nationale et de la défense*, 42<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., fascicule n° 40 (10 avril 2019).

Dickens, B. M. « A Canadian Development : Non-Party Intervention », [1977] 40 *Mod. L. Rev.* 666.

Mohan, S. Chandra. «The Amicus Curiae : Friends No More? », [2010] 12 *S.J.L.S.* 352.

*Osborn’s Concise Dictionary*, 12<sup>e</sup> éd. Sweet & Maxwell : Thomson Reuters, 2013, « cour d’archives ».

*Oxford Dictionary of Law*, 5<sup>e</sup> éd. Oxford : Oxford University Press, 2002, « cour d’archives ».

Schmitz, Christin. « Chief Justice shows where line is drawn » *Lawyers Daily* (2 juillet 2015).

DÉCISION PRÉLIMINAIRE portant sur des questions de droit posées dans le cadre d’appels sous-jacents interjetés à l’encontre des décisions prises par le ministre intimé de rejeter les demandes de recours administratif présentées par chacun des appelants en vertu de l’article 15 de la Loi sur la sûreté des déplacements aériens (LSDA) pour faire radier leurs noms de la liste des personnes inscrites en application de l’article 8 de la LSDA. Il a été répondu aux questions et l’ordonnance du 7 octobre 2019 nommant des *amici curiae* a été modifiée en conséquence.

## ONT COMPARU :

*Karin Blok* et *Eric Purtzki* pour l’appelant  
Bhagat Singh Brar.

*Rebecca McConchie, Chantelle van Wiltenburg and Sadaf Kashfi* for appellant Parvkar Singh Dulai.

*Colin Baxter and Gib van Ert as amici curiae. Nathalie Benoit, Maria Barrett-Morris and Helen Park* for respondent.

*Rebecca McConchie, Chantelle van Wiltenburg et Sadaf Kashfi* pour l'appellant Parvkar Singh Dulai.

*Colin Baxter et Gib van Ert à titre d'amici curiae. Nathalie Benoit, Maria Barrett-Morris et Helen Park* pour l'intimé.

SOLICITORS OF RECORD

*Fowler and Blok Criminal Defence Lawyers, Vancouver, for appellant Bhagat Singh Brar. Peck and Company and Millar & Hayes PC, Vancouver, for appellant Parvkar Singh Dulai. Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Fowler and Blok Criminal Defence Lawyers, Vancouver, pour l'appelant Bhagat Singh Brar. Peck and Company et Millar & Hayes PC, Vancouver, pour l'appelant Parvkar Singh Dulai. La sous-procureure générale du Canada* pour l'intimé.

*The following are the reasons rendered in English by*

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

NOËL J.:

LE JUGE NOËL :

Contents

Table des matières

	Paragraph		Paragraphe
I. OVERVIEW.....	1	I. SURVOL.....	1
II. FACTS .....	7	II. LES FAITS.....	7
A. MR. BHAGAT SINGH BRAR (T-669-19).....	9	A. M. BHAGAT SINGH BRAR (T-669-19).....	9
B. MR. PARVKAR SINGH DULAI (T-670-19).....	16	B. M. PARVKAR SINGH DULAI (T-670-19).....	16
C. APPEALS BEFORE THIS COURT .....	22	C. LES APPELS INTERJETÉS DEVANT NOTRE COUR .....	22
(1) Redacted Information and Evidence .....	22	1) Les renseignements et les élé- ments de preuve caviardés .....	22
(2) <i>Amici Curiae</i> .....	25	2) Les <i>amici curiae</i> .....	25
(3) Preliminary Legal Issues .....	27	3) Les questions de droit préliminaires.....	27
III. PRELIMINARY LEGAL QUESTIONS .....	29	III. LES QUESTIONS DE DROIT PRÉLIMINAIRES .....	29
IV. ARGUMENTS.....	30	IV. LES ARGUMENTS INVOQUÉS .....	30
A. R E S P O N D E N T ' S R E P R E S E N T A T I O N S .....	30	A. LES OBSERVATIONS DE L'INTIMÉ .....	30
(1) Role of the Designated Judge....	31	1) Le rôle du juge désigné.....	31
(2) Role of the <i>Amici Curiae</i> .....	33	2) Le rôle des <i>amici curiae</i> .....	33
(3) Withdrawal of Information....	36	3) Le retrait de renseignements....	36

(4) <i>Ex Parte</i> Hearing on the Merits...	37	4) L'audience <i>ex parte</i> sur le fond.....	37
B. MR. BHAGAT SINGH BRAR'S REPRESENTATIONS .....	38	B. LES OBSERVATIONS DE M. BHAGAT SINGH BRAR.....	38
(1) Role of the Designated Judge....	39	1) Le rôle du juge désigné.....	39
(2) Role of the <i>Amici Curiae</i> .....	41	2) Le rôle des <i>amici curiae</i> .....	41
(3) <i>Ex Parte</i> Hearing on the Merits...	43	3) L'audience <i>ex parte</i> sur le fond .....	43
C. MR. PARVKAR SINGH DULAI'S REPRESENTATIONS.....	44	C. LES OBSERVATIONS DE M. PARVKAR SINGH DULAI....	44
(1) Role of the Designated Judge.....	45	1) Le rôle du juge désigné.....	45
(2) Role of the <i>Amici Curiae</i> .....	47	2) Le rôle des <i>amici curiae</i> .....	47
(3) Withdrawal of Information.....	50	3) Le retrait de renseignements...	50
(4) <i>Ex Parte</i> Hearing on the Merits...	51	4) L'audience <i>ex parte</i> sur le fond .....	51
D. REPRESENTATIONS OF THE <i>AMICI CURIAE</i> .....	52	D. LES OBSERVATIONS DES <i>AMICI CURIAE</i> .....	52
(1) Role of the Designated Judge.....	53	1) Le rôle du juge désigné.....	53
(2) Role of the <i>Amici Curiae</i> .....	54	2) Le rôle des <i>amici curiae</i> .....	54
(3) Withdrawal of Information.....	56	3) Le retrait des renseignements ...	56
(4) <i>Ex Parte</i> Hearing on the Merits...	57	4) L'audience <i>ex parte</i> sur le fond .....	57
V. ANALYSIS .....	58	V. ANALYSE .....	58
A. REVIEW AND ANALYSIS OF THE SATA .....	58	A. EXAMEN ET ANALYSE DE LA LSDA .....	58
(1) Context and Legislative Object of the SATA.....	60	1) Le contexte et l'objet législatif de la LSDA.....	60
(2) Operation of the SATA .....	68	2) L'application de la LSDA.....	68
(3) Appeal Provisions of the SATA...	80	3) Les dispositions en matière d'appel de la LSDA.....	80
B. ROLE OF THE DESIGNATED JUDGE.....	89	B. LE RÔLE DU JUGE DÉSIGNÉ...	89
(1) Overview of Jurisprudence Regarding the Role of the Designated Judge.....	93	1) Survol de la jurisprudence relative au rôle du juge désigné...	93
(2) Role in Appeal under the SATA.....	105	2) Le rôle joué dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA.....	105
(3) Similarities Between the IRPA and the SATA.....	128	3) Les similitudes entre la LIPR et la LSDA.....	128
C. THE ROLE OF THE <i>AMICI CURIAE</i> —A COMPLEMENT TO THE DESIGNATED JUDGE. ....	140	C. LE RÔLE DES <i>AMICI CURIAE</i> — COMPLÉMENTS DU JUGE DÉSIGNÉ .....	140
(1) Third-Party Counsel in <i>Ex Parte</i> and <i>In Camera</i> Proceedings .....	144	1) Les avocats tiers dans les instances <i>ex parte</i> et à huis clos...	144

(2) The <i>Amicus Curiae</i> and the Inherent Jurisdiction of the Court .....	151	2) Les <i>amicus curiae</i> et la compétence inhérente de la Cour...	151
(3) Differences Between Role of the Special Advocate and the <i>Amicus Curiae</i> .....	172	3) Les différences entre le rôle de l'avocat spécial et celui de l' <i>amicus curiae</i> .....	172
(4) Appointment, Role, and Powers of the <i>Amici Curiae</i> .....	178	4) La nomination, le rôle et les pouvoirs des <i>amici curiae</i> .....	178
D. WITHDRAWAL OF INFORMATION.....	247	D. LE RETRAIT DE RENSEIGNEMENTS.....	247
(1) Access to Withdrawn Information and Reasons for Withdrawal .....	250	1) L'accès aux renseignements retirés et les raisons du retrait...	250
(2) Retention of Copy of Withdrawn Information.....	256	2) La conservation d'une copie des renseignements retirés.....	256
(3) Steps to Be Taken to Secure the Withdrawn Information...	258	3) Les mesures à prendre pour sécuriser les renseignements retirés.....	258
E. <i>EX PARTE</i> HEARING ON THE MERITS.....	260	E. L'AUDIENCE <i>EX PARTE</i> SUR LE FOND DE LA DÉCISION ...	260
VI. CONCLUSION.....	263	VI. CONCLUSION.....	263

## I. OVERVIEW

[1] At the core of a government's responsibilities is assuring the security of its citizens. As citizens, this is the principal consideration for which, in return, we provide political legitimacy; it is the underpinning of the social contract to which we adhere. However, in a constitutional democracy, governments are not afforded absolute power. They must act in conformity with the Constitution and the rights and liberties it guarantees. Inevitably, this creates a constant tension between the rights of individuals and the collective interest in security. See *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (*Charkaoui I*), at paragraph 1.

[2] This tension is acutely present in the context of national security where government is assigned the uneasy task of balancing the active prevention of harm to the security of Canada and Canadians with ensuring that the rights and liberties of individuals it perceives as potential threats are not violated in a way that cannot be justified in a free and democratic society. It is a unique context

## I. SURVOL

[1] L'une des responsabilités fondamentales d'un gouvernement est d'assurer la sécurité de ses citoyens. Pour nous citoyens, il s'agit du principal aspect pour lequel, en contrepartie, nous lui assurons une légitimité politique; il s'agit du fondement du contrat social auquel nous adhérons. Toutefois, dans une démocratie constitutionnelle, les gouvernements ne jouissent pas d'un pouvoir absolu. Ils doivent agir d'une manière conforme à la Constitution de même qu'aux droits et aux libertés que celle-ci garantit. Forcément, cela crée une tension constante entre les droits des particuliers et l'intérêt de la collectivité à l'égard de la sécurité. Voir l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 (arrêt *Charkaoui I*), au paragraphe 1.

[2] Cette tension se fait vivement sentir dans le contexte de la sécurité nationale, où le gouvernement se voit confier la tâche ardue de mettre en balance la prévention active de toute atteinte à la sécurité du Canada et des Canadiens et la nécessité de veiller à ce que les droits et libertés des particuliers qu'il perçoit comme d'éventuelles menaces ne soient pas violés d'une manière qui ne peut se justifier

that puts extraordinary pressure on our fundamental constitutional principles. This is because there is an exceptional collective interest in maintaining the secrecy of information or evidence in this context that inherently clashes with the open court principle and standard notions of procedural fairness.

[3] These clashing interests are largely at the core of the preliminary legal questions this Court is tasked with answering in these first two appeals pursuant to section 16 of the *Secure Air Travel Act*, S.C. 2015, c. 20, s. 11 (SATA). In particular, the Court must address in this decision: the role of the designated judge in appeals under the SATA, the role and powers of the *amici curiae* in these appeals, the procedure applicable to the withdrawal of information by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (Minister) under the SATA, and the possibility and purpose of *ex parte* and *in camera* hearings on the merits under the SATA.

[4] As the analysis below will demonstrate, I perceive my role as a designated judge under the SATA to be twofold: (1) deciding upon the reasonableness of the Minister's decision; and (2) serving as an arbiter of what Justice Binnie described as the "clash of the titans" between national security and individual rights (Justice Ian Binnie, "Entrenched Rights in the Age of Counter-Terrorism" (Hong Kong Conference in Criminal Law, 13 November 2004). In this latter regard, I must reconcile these competing interests in a manner that ensures the fairest judicial process possible within the parameters set by legislation and the Court's plenary power to control its own process. Accordingly, in these circumstances, my role as a designated judge compels me to appoint *amici curiae* with a robust interventionist mandate and powers that give as much effect as possible to the appellants' right to know and meet the case against them. This role as a designated judge under the SATA has also led me to conclude that the Court and the *amici curiae* should be given

au sein d'une société libre et démocratique. Ce contexte unique, qui exerce une pression extraordinaire sur nos principes constitutionnels fondamentaux, s'explique par le fait qu'il existe un intérêt collectif exceptionnel à l'égard du maintien dans ce contexte de la confidentialité de renseignements ou d'éléments de preuve qui, intrinsèquement, entre en conflit avec le principe de la transparence des procédures judiciaires et les notions ordinaires d'équité procédurale.

[3] Ces intérêts contradictoires se situent au cœur même des questions de droit préliminaires auxquelles notre Cour est chargée de répondre dans le cadre des deux présents appels, les premiers à être interjetés en vertu de l'article 16 de la *Loi sur la sûreté des déplacements aériens*, L.C. 2015, ch. 20, art. 11 (la LSDA). Plus particulièrement, dans la présente décision, la Cour doit traiter des points suivants : le rôle que joue le juge désigné dans un appel interjeté sous le régime de la LSDA, le rôle et les pouvoirs des *amici curiae* dans de tels appels, la procédure qui s'applique au retrait de renseignements par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre) sous le régime de la LSDA, la possibilité de tenir des audiences *ex parte* et à huis clos sur le fond et l'objet de telles audiences sous le régime de la LSDA.

[4] Comme l'illustrera l'analyse qui suit, le rôle que je joue en tant que juge désigné sous le régime de la LSDA, tel que je le perçois, comporte deux volets : 1) me prononcer sur le caractère raisonnable de la décision du ministre, et 2) arbitrer ce que le juge Binnie a décrit comme le [TRADUCTION] « choc des titans » entre la sécurité nationale et les droits individuels (le juge Ian Binnie, « Entrenched Rights in the Age of Counter-Terrorism » (Conférence de Hong Kong sur le droit criminel, 13 novembre 2004). À ce dernier égard, il me faut concilier ces intérêts contradictoires d'une manière qui assure le processus judiciaire le plus équitable qui soit, et ce, dans les limites fixées par la loi et le pouvoir plénier qu'a la Cour de contrôler ses propres règles de procédure. C'est donc dire que, dans ces circonstances, mon rôle de juge désigné me contraint à nommer des *amici curiae* investis d'un vigoureux mandat interventionniste et de solides pouvoirs qui donnent le plus possible effet au droit qu'ont les appelants de connaître la preuve qui pèse contre eux



access to the withdrawn material and the reasons for its withdrawal, and that an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits is possible should, in the judge's opinion, the circumstances require it.

[5] That being said, this decision does not answer the constitutional questions raised in the appellants' notices of appeal. Rather, the Court has considered the alleged violations of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter) in the course of crafting a judicial process within my statutory and inherent powers to decide upon the reasonableness of the Minister's decision and the constitutionality of the SATA scheme. Whether the judicial process I have fashioned according to circumstances and the limits of my powers is sufficient to ensure a fair judicial process is a question that this Court will hear later.

[6] As the reader will soon become aware, my analysis of these preliminary questions is rather lengthy. However, I believe an in-depth analysis of these preliminary questions is necessary given that these are the first two appeals under the SATA and that it has been several years since a thorough review of the role of the designated judge and the role of the *amicus curiae* in national security matters has been undertaken. Furthermore, these in-depth reasons ensure that all parties have a similar understanding of the pertinent legal landscape going forward in order to level the playing field.

## II. FACTS

[7] The appellants, Mr. Bhagat Singh Brar and Mr. Parvkar Singh Dulai, are both listed individuals pursuant to section 8 of the SATA. Accordingly, the Minister has deemed that reasonable grounds exist to suspect that each appellant will either "engage or attempt to engage in an act that would threaten transportation security" or "travel by air for the purpose of committing an act or omission that (i) is an offence under sections 83.18, 83.19

et d'y répondre. Ce rôle de juge désigné m'a aussi amené à conclure que la Cour et les *amici curiae* devraient avoir accès aux renseignements retirés ainsi qu'aux raisons de leur retrait, et qu'il est possible de tenir une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond si, de l'avis du juge, les circonstances l'exigent.

[5] Cela dit, la présente décision ne répond pas aux questions constitutionnelles qui sont soulevées dans les avis d'appel des appelants. La Cour a plutôt examiné les allégations de violation de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie 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] (la Charte) visant le processus judiciaire que j'ai élaboré sur le fondement des pouvoirs législatifs et inhérents dont je dispose pour me prononcer sur le caractère raisonnable de la décision du ministre et la constitutionnalité du régime de la LSDA. La Cour tiendra plus tard une audition sur la question de savoir si le processus judiciaire que j'ai conçu en fonction des circonstances et des limites de mes pouvoirs suffit pour garantir la tenue d'un processus judiciaire équitable.

[6] Comme le constatera sous peu le lecteur, mon analyse de ces questions préliminaires est assez longue. Je crois toutefois qu'il est nécessaire de les analyser en profondeur parce qu'il s'agit des deux premiers appels interjetés sous le régime de la LSDA et que, depuis plusieurs années, il n'y a pas eu d'examen approfondi du rôle que jouent le juge désigné et l'*amicus curiae* en matière de sécurité nationale. De plus, mes motifs détaillés garantissent que toutes les parties auront dorénavant une compréhension semblable du paysage juridique pertinent, ce qui uniformisera les règles du jeu.

## II. LES FAITS

[7] Les appelants, MM. Bhagat Singh Brar et Parvkar Singh Dulai, sont tous deux des personnes inscrites en application de l'article 8 de la LSDA. Le ministre a donc estimé qu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner que chacun des appelants soit « participera ou tentera de participer à un acte qui menacerait la sûreté des transports » soit « se déplacera en aéronef dans le but de commettre un fait — acte ou omission — qui (i) constitue

or 83.2 of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] or an offence referred to in paragraph (c) of the definition **terrorism offence** in section 2 of that Act, or (ii) if it were committed in Canada, would constitute an offence referred to in subparagraph (i).” See paragraphs 8(1)(a) and 8(1)(b) of the SATA.

[8] Both appellants remain listed under the SATA following the Minister’s decisions to deny their respective applications for administrative recourse under section 15 of the SATA, which sought to remove their names from the list. Consequently, the appellants have each brought a statutory appeal under section 16 of the SATA of the Minister’s decision to deny their respective applications for administrative recourse.

A. MR. BHAGAT SINGH BRAR (T-669-19)

[9] Mr. Brar appeals the Minister’s decision, dated December 21, 2018, to maintain his status as a listed person pursuant to section 15 of the SATA.

[10] On April 23, 2018, Mr. Brar’s name was included on the SATA list. The following day, he was denied boarding at the Vancouver International Airport. Mr. Brar was scheduled to take two flights that would have eventually transported him from Vancouver to Toronto.

[11] On June 2, 2018, Mr. Brar submitted an application for administrative recourse pursuant to section 15 of the SATA, which sought the removal of his name from the SATA list. Mr. Brar was provided with a two-page unclassified summary of the information before the Minister supporting the decision to place his name on the SATA list. Mr. Brar was further advised that the Minister would also consider further classified information when assessing his application under section 15 of the SATA. In addition, pursuant to subsection 15(4) of the SATA, Mr. Brar was provided with an opportunity to make written representations in response to the unclassified information disclosed to him.

[12] On December 21, 2018, the Minister advised Mr. Brar that his status as a listed person under the SATA would be maintained. Following a review of the

une infraction visée aux articles 83.18, 83.19 ou 83.2 du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] ou à l’alinéa c) de la définition d’**infraction de terrorisme** à l’article 2 de cette loi, ou (ii) s’il était commis au Canada, constituerait une des infractions mentionnées au sous-alinéa (i) ». Voir les alinéas 8(1)a) et 8(1)b) de la LSDA.

[8] Les deux appelants sont toujours inscrits sous le régime de la LSDA par suite des décisions qu’a prises le ministre de rejeter les demandes de recours administratif qu’ils ont présentées en vertu de l’article 15 de la LSDA pour faire radier leurs noms de la liste. Les appelants ont donc chacun interjeté appel en vertu de l’article 16 de la LSDA de la décision du ministre de rejeter leurs demandes respectives de recours administratif.

A. M. BHAGAT SINGH BRAR (T-669-19)

[9] M. Brar porte en appel la décision datée du 21 décembre 2018 par laquelle le ministre a maintenu son statut de personne inscrite en application de l’article 15 de la LSDA.

[10] Le 23 avril 2018, le nom de M. Brar a été inscrit sur la liste de la LSDA. Le lendemain, on l’a empêché d’embarquer à bord d’un aéronef à l’aéroport international de Vancouver. M. Brar était censé prendre deux vols qui l’auraient amené de Vancouver à Toronto.

[11] Le 2 juin 2018, M. Brar a présenté une demande de recours administratif en vertu de l’article 15 de la LSDA afin de faire radier son nom de la liste de la LSDA. Il a reçu un résumé non confidentiel, de deux pages, des renseignements qui avaient été présentés au ministre à l’appui de la décision d’inscrire son nom sur la liste de la LSDA. On l’a de plus informé que le ministre allait examiner aussi d’autres renseignements confidentiels pour évaluer la demande qu’il avait présentée en vertu de l’article 15 de la LSDA. De plus, conformément au paragraphe 15(4) de la LSDA, M. Brar a eu la possibilité de présenter des observations écrites en réponse aux renseignements non confidentiels qui lui ont été communiqués.

[12] Le 21 décembre 2018, le ministre a informé M. Brar que son statut de personne inscrite sous le régime de la LSDA serait maintenu. À la suite d’un examen des

classified and unclassified information provided, including Mr. Brar's written submissions, the Minister "concluded that there [were] reasonable grounds to suspect that [Mr. Brar] will engage or attempt to engage in an act that would threaten transportation security, or travel by air to commit certain terrorism offences."

[13] On April 18, 2019, Mr. Brar filed a notice of appeal to this Court pursuant to subsection 16(2) of the SATA. In this notice of appeal, Mr. Brar asks this Court to order the removal of his name from the SATA list pursuant to subsection 16(5) of the SATA, or to order the remittance of the matter back to the Minister for redetermination. In addition, Mr. Brar also asks this Court to declare that sections 8, 15 and 16 as well as paragraph 9(1)(a) of the SATA are unconstitutional and therefore are of no force and effect or to read in such procedural safeguards to the SATA that are sufficient to cure any constitutional deficiencies.

[14] More specifically, Mr. Brar argues the following as the grounds of his appeal: (1) the Minister's decision was unreasonable; (2) section 8 and paragraph 9(1)(a) of the SATA infringe his rights pursuant to section 6 of the Charter in a manner that cannot be justified by section 1 of the Charter; (3) sections 15 and 16 of the SATA infringe his rights pursuant to section 7 of the Charter, notably his rights to liberty and security of the person; and (4) the procedures set out in the SATA violate his common law rights to procedural fairness seeing as the SATA deprives him of his right to know the case against him and the right to answer that case.

[15] In his notice of appeal, Mr. Brar requests that the respondent disclose all related material to his application for recourse, all related material to the Minister's decision to designate him as a listed person, all material before the Minister on the application for recourse, and all other materials relating to the Minister's decision to confirm his status as a listed person under the SATA.

renseignements confidentiels et non confidentiels fournis, dont les observations écrites de M. Brar, le ministre a [TRADUCTION] « conclu qu'il [y avait] des motifs raisonnables de soupçonner que [M. Brar] participera ou tentera de participer à un acte qui menacerait la sûreté des transports, ou se déplacera en aéronef dans le but de commettre certaines infractions de terrorisme ».

[13] Le 18 avril 2019, M. Brar a déposé auprès de notre Cour un avis d'appel conformément au paragraphe 16(2) de la LSDA. Dans cet avis, il demande à la Cour d'ordonner que son nom soit radié de la liste de la LSDA, en application du paragraphe 16(5) de la LSDA, ou de renvoyer l'affaire au ministre pour qu'il rende une nouvelle décision. Il demande aussi à la Cour de déclarer que les articles 8, 15 et 16 ainsi que l'alinéa 9(1)a) de la LSDA sont inconstitutionnels et donc inopérants ou de donner aux garanties procédurales de la LSDA une interprétation qui permette de remédier à tout vice constitutionnel.

[14] Plus précisément, M. Brar invoque les points suivants comme motifs d'appel : 1) la décision du ministre était déraisonnable, 2) l'article 8 et l'alinéa 9(1)a) de la LSDA portent atteinte aux droits que lui confère l'article 6 de la Charte, et ce, d'une manière qui ne saurait se justifier au sens de l'article premier de la Charte, 3) les articles 15 et 16 de la LSDA portent atteinte aux droits que lui confère l'article 7 de la Charte, notamment en matière de liberté et de sécurité de sa personne, et 4) les procédures énoncées dans la LSDA portent atteinte aux droits à l'équité procédurale que lui confère la common law, étant donné que la LSDA le prive du droit de connaître la preuve qui pèse contre lui et celui d'y répondre.

[15] Dans son avis d'appel, M. Brar demande que l'intimé communique la totalité des éléments d'information qui se rapportent à sa demande de recours, la totalité des éléments d'information dont le ministre s'est servi pour décider de le désigner comme une personne inscrite, la totalité des éléments d'information présentés au ministre dans le cadre de la demande de recours, et la totalité des autres éléments d'information qui se rapportent à la décision du ministre de confirmer son statut de personne inscrite sous le régime de la LSDA.

*B. MR. PARVKAR SINGH DULAI (T-670-19)*

[16] Similarly, Mr. Dulai appeals the Minister's decision, dated January 30, 2019, to maintain his status as a listed person pursuant to section 15 of the SATA.

[17] Mr. Dulai's name was included on the SATA list on March 29, 2018. Nearly two months later, Mr. Dulai was denied boarding on a flight from Vancouver to Toronto on May 17, 2018.

[18] On June 8, 2018, Mr. Dulai submitted an application for administrative recourse pursuant to section 15 of the SATA, which sought the removal of his name from the SATA list. Mr. Dulai was provided with a two-page unclassified summary of the information before the Minister supporting the decision to place his name on the SATA list and was advised that the Minister would also consider further classified information when assessing his application under section 15 of the SATA. In addition, pursuant to subsection 15(4), Mr. Dulai was provided with an opportunity to make written representations in response to the unclassified information disclosed.

[19] On January 30, 2019, the Minister advised Mr. Dulai that his status as a listed person under the SATA would also be maintained as "there [were] reasonable grounds to suspect that [Mr. Dulai] will engage or attempt to engage in an act that would threaten transportation security, or travel by air to commit certain terrorism offences."

[20] On April 18, 2019, Mr. Dulai submitted a notice of appeal to this Court pursuant to subsection 16(2) of the SATA. Similarly to Mr. Brar, Mr. Dulai asks this Court to order the removal of his name from the SATA list pursuant to subsection 16(5) of the SATA or to order the remittance of the matter back to the Minister for re-determination. Mr. Dulai also asks this Court to declare that sections 8, 15 and 16 as well as paragraph 9(1)(a) of the SATA are unconstitutional and are consequently of no force and effect or to read in such procedural safeguards to the SATA that are sufficient to cure any constitutional deficiencies.

*B. M. PARVKAR SINGH DULAI (T-670-19)*

[16] De la même façon, M. Dulai porte en appel la décision datée du 30 janvier 2019 par laquelle le ministre a maintenu son statut de personne inscrite conformément à l'article 15 de la LSDA.

[17] Le nom de M. Dulai a été inscrit sur la liste de la LSDA le 29 mars 2018. Près de deux mois plus tard, le 17 mai 2018, il s'est vu refuser l'embarquement à bord d'un aéronef en partance de Vancouver pour Toronto.

[18] Le 8 juin 2018, M. Dulai a présenté une demande de recours administratif en vertu de l'article 15 de la LSDA afin de faire radier son nom de la liste de la LSDA. Il a reçu un résumé non confidentiel, de deux pages, des renseignements dont disposait le ministre à l'appui de la décision d'inscrire son nom sur la liste de la LSDA, et on l'a informé que le ministre allait également examiner d'autres renseignements confidentiels pour évaluer la demande qu'il avait présentée en vertu de l'article 15 de la LSDA. De plus, conformément au paragraphe 15(4), M. Dulai a eu la possibilité de présenter des observations écrites en réponse aux renseignements non confidentiels qui lui ont été communiqués.

[19] Le 30 janvier 2019, le ministre a informé M. Dulai que son statut de personne inscrite sous le régime de la LSDA serait maintenu, car [TRADUCTION] « il [y avait] des motifs raisonnables de soupçonner [qu'il] participera ou tentera de participer à un acte qui menacerait la sûreté des transports, ou [qu'il] se déplacera en aéronef dans le but de commettre certaines infractions de terrorisme ».

[20] Le 18 avril 2019, M. Dulai a présenté à notre Cour un avis d'appel conformément au paragraphe 16(2) de la LSDA. À l'instar de M. Brar, M. Dulai demande à la Cour d'ordonner que l'on radie son nom de la liste de la LSDA en application du paragraphe 16(5) de la LSDA, ou qu'on renvoie l'affaire au ministre pour qu'il rende une nouvelle décision. Il demande également à la Cour de déclarer que les articles 8, 15 et 16 ainsi que l'alinéa 9(1)a) de la LSDA sont inconstitutionnels et donc inopérants ou de donner aux garanties procédurales de la LSDA une interprétation qui permette de remédier à tout vice constitutionnel.

[21] Mr. Dulai lays out similar grounds to Mr. Brar in support of his appeal. However, Mr. Dulai also argues that the Minister's decision to designate him as a listed person, and thereafter maintain that designation upon administrative review, violated and disproportionately impacted his rights under paragraphs 2(a), 2(b) and 2(d) as well as section 15 of the Charter. Mr. Dulai also requests disclosure, similar to the ask made by Mr. Brar.

### C. APPEALS BEFORE THIS COURT

#### (1) Redacted Information and Evidence

[22] Following the filing of the notices of appeal, this Court ordered the respondent to serve and file a public appeal book for each appeal, the contents of which were agreed upon by the parties. These appeal books contained numerous redactions made by the respondent in order to protect the confidentiality of information or evidence it believed would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed.

[23] Subsequently, this Court ordered on October 7, 2019, that the respondent file with the designated registry of this Court an unredacted appeal book for each appeal, containing and clearly identifying the information that the respondent asserts could be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed. The Court also ordered that the respondent file classified affidavits with the designated registry explaining the redactions as well as file and serve public affidavits explaining the nature of the redactions in a manner that does not injure national security or endanger the safety of any persons. During the process of preparing the unredacted classified appeal books and the affidavits, a number of the redactions were lifted by the respondent, resulting in further disclosure to the appellants.

[24] The respondent also advised the Court and the parties that, pursuant to paragraph 16(6)(g) of the SATA,

[21] À l'appui de son appel, M. Dulai formule des motifs semblables à ceux de M. Brar. Il fait toutefois aussi valoir que la décision du ministre de le désigner comme une personne inscrite, et de maintenir ensuite cette décision à la suite d'un examen administratif, viole les droits que lui confèrent les alinéas 2a), b) et d) ainsi que l'article 15 de la Charte, et qu'elle y porte atteinte aussi de manière disproportionnée. M. Dulai demande la communication des éléments d'information, tout comme M. Brar.

### C. LES APPELS INTERJETÉS DEVANT NOTRE COUR

#### 1) Les renseignements et les éléments de preuve caviardés

[22] À la suite du dépôt des avis d'appel, la Cour a ordonné à l'intimé de signifier et de déposer pour chaque appel un dossier d'appel public, dont les parties ont convenu du contenu. Ces dossiers d'appel contenaient de nombreux éléments caviardés par l'intimé en vue de protéger la confidentialité de renseignements ou d'éléments de preuve qui, croyait-il, pourraient porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui s'ils étaient divulgués.

[23] Par la suite, le 7 octobre 2019, la Cour a ordonné que l'intimé dépose auprès du greffe désigné de la Cour, et ce pour chaque appel, un dossier d'appel non caviardé contenant et identifiant clairement les renseignements qui, d'après lui, pourraient porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui s'ils étaient divulgués. La Cour a également ordonné à l'intimé de déposer auprès du greffe désigné des affidavits confidentiels expliquant les éléments caviardés et, également, de déposer et de signifier des affidavits publics expliquant la nature des caviardages d'une manière qui ne porterait pas atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Pendant la préparation des dossiers d'appel confidentiels non caviardés et des affidavits, l'intimé a enlevé le caviardage de plusieurs passages, ce qui a permis de divulguer des renseignements supplémentaires aux appellants.

[24] L'intimé a également informé la Cour et les parties que, conformément à l'alinéa 16(6)g) de la LSDA, il

it was withdrawing certain classified information from the appeal book filed in response to Mr. Dulai's statutory appeal. The Court accepted that the legislation provides for the withdrawal of information and issued an order authorizing the withdrawal of the information and the replacement of the relevant pages in the classified unredacted appeal book. However, the Court also ordered that, as a superior court of record, it would keep three copies of the appeal book containing the withdrawn information under seal in a separate location at the designated registry, at least until the Court dealt with the issue of the retention of the withdrawn information.

### (2) *Amici Curiae*

[25] In response to the inclusion of redacted information in the appeal books, the Court appointed two *amici curiae* in an order dated October 7, 2019 (order reproduced in Annex A).

[26] The Court originally ordered that the *amici curiae* would be given access to the confidential information as of December 9, 2019, following which they would not be permitted to engage in two-way communication with the appellants and their counsel, except with leave from the Court. At the request of the *amici curiae*, this was extended to January 20, 2020, in order to allow for more effective and meaningful communication with the appellants in light of the redactions lifted by the respondent.

### (3) Preliminary Legal Issues

[27] On January 16, 2020, an *ex parte* and *in camera* case management conference was held in order to discuss the next steps concerning the confidential information in this case. A public summary of the case management conference was provided to the appellants shortly thereafter. During this case management conference, the respondent and the *amici curiae* raised numerous legal issues regarding the withdrawn information, the role of the *amici curiae* in these appeals, the bifurcation of the appeals process between the "disclosure phase" and the "merits phase", and the role of the designated judge. The Court proposed that the *amici curiae* and the respondent

retrait certains renseignements confidentiels du dossier d'appel en réponse à l'appel qu'avait interjeté M. Dulai en vertu de la loi. La Cour a admis que la loi prévoyait le retrait de renseignements et elle a rendu une ordonnance autorisant le retrait des renseignements en question et le remplacement des pages pertinentes dans le dossier d'appel non caviardé et confidentiel. Cependant, elle a également ordonné qu'elle conserverait, en tant que cour supérieure d'archives, trois copies du dossier d'appel contenant les renseignements retirés, et ce, sous scellé et dans un endroit distinct au greffe désigné, du moins jusqu'à ce qu'elle ait réglé la question de la conservation des renseignements retenus.

### 2) Les *amici curiae*

[25] En réponse à l'inclusion des renseignements caviardés dans les dossiers d'appel, la Cour a nommé deux *amici curiae* dans une ordonnance datée du 7 octobre 2019 (ordonnance reproduite à l'annexe A).

[26] La Cour a tout d'abord ordonné que les *amici curiae* aient accès aux renseignements confidentiels à compter du 9 décembre 2019, à la suite de quoi il leur serait interdit de se livrer à des communications bilatérales avec les appelants et leurs conseils, à moins d'avoir obtenu son autorisation. À la demande des *amici curiae*, ce délai a été prolongé au 20 janvier 2020 afin qu'ils puissent communiquer de manière plus efficace et utile avec les appelants, compte tenu du retrait par l'intimé du caviardage de certains passages.

### 3) Les questions de droit préliminaires

[27] Le 16 janvier 2020, une conférence de gestion de l'instance a été tenue *ex parte* et à huis clos en vue de discuter des prochaines étapes concernant les renseignements confidentiels dont il est question en l'espèce. Un résumé public de cette conférence a été fourni peu après aux appelants. Lors de cette conférence, l'intimé et les *amici curiae* ont soulevé de nombreuses questions de droit concernant les renseignements retirés, le rôle des *amici curiae* dans le cadre des deux appels, la disjonction du processus d'appel entre le « volet relatif à la divulgation » et le « volet relatif au fond », de même que le rôle du juge désigné. La Cour a proposé que les

meet to discuss the issues raised and correspond with the Court concerning the preliminary legal issues to be adjudicated before moving forward in the appeals.

[28] Notwithstanding the respondent's position that the Court should address, on a preliminary basis, the applicable standard of review in these appeals, which the Court found to be premature at this stage, a list of preliminary legal issues was agreed upon by the appellants, the respondent, and the *amici curiae* during a case management conference held on February 13, 2020. This list of preliminary questions was subsequently endorsed by the Court via its order dated February 18, 2020 (List of Preliminary Questions, reproduced in Annex B). On April 16, 2020, a public hearing via teleconference was held where the parties and the *amici curiae* made oral submissions on these legal questions.

### III. PRELIMINARY LEGAL QUESTIONS

[29] With regard to the preliminary legal questions agreed upon by the parties and the *amici curiae* (Annex B), the Court will consider the following preliminary legal questions in these appeals:

1. Role of the Designated Judge:
  - a. What is the role of the designated judge in an appeal pursuant to the SATA?
2. Role of the *Amici Curiae*:
  - a. What is the role of the *amici curiae* in the *ex parte* proceedings?
  - b. Do the *amici curiae* have the power to cross-examine witnesses?
3. Withdrawal of Information:
  - a. Should the designated judge and the *amici curiae* be allowed to see the withdrawn information and be informed of the reasons for which the Minister withdrew the information?

*amici curiae* et l'intimé se rencontrent pour parler des questions soulevées et qu'ils correspondent avec elle au sujet des questions de droit préliminaire à trancher avant de poursuivre l'instruction des appels.

[28] Indépendamment de la position de l'intimé selon laquelle la Cour se devait de traiter, à titre préliminaire, de la norme de contrôle applicable aux présents appel, question que la Cour a considérée comme prématurée à ce stade, les appelants, l'intimé et les *amici curiae* se sont entendus sur une liste de questions de droit préliminaires lors d'une conférence de gestion de l'instance tenue le 13 février 2020. Cette liste de questions préliminaires a par la suite été entérinée par la Cour dans le cadre de son ordonnance datée du 18 février 2020 (Liste des questions préliminaires, reproduite à l'annexe B). Le 16 avril 2020, une audience publique tenue par téléconférence a eu lieu et les parties et les *amici curiae* ont alors formulé de vive voix des observations sur ces questions de droit.

### III. LES QUESTIONS DE DROIT PRÉLIMINAIRES

[29] Pour ce qui est des questions de droit préliminaires dont ont convenu les parties et les *amici curiae* (annexe B), la Cour examinera celles qui suivent dans le cadre des présents appels :

1. Le rôle du juge désigné :
  - a. Quel rôle le juge désigné joue-t-il dans un appel interjeté sous le régime de la LSDA?
2. Le rôle des *amici curiae* :
  - a. Quel rôle les *amici curiae* jouent-ils dans le cadre de l'instance *ex parte*?
  - b. Les *amici curiae* ont-ils le pouvoir de contre-interroger des témoins?
3. Le retrait de renseignements :
  - a. Faudrait-il que le juge désigné et les *amici curiae* soient autorisés à voir les renseignements retirés et informés des motifs pour lesquels le ministre les a retirés?

- |   |   |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>b. Should the Federal Court, as a superior court of record, retain a copy of the withdrawn information?</li> <li>c. What steps should be taken by the designated registry to ensure that the withdrawn information is no longer part of the appeal book and when should this information be returned to the Minister?</li> </ul> <p>4. <i>Ex Parte</i> Hearing on the Merits:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Does the scheme under section 16 of the SATA allow for an <i>ex parte</i> hearing on the merits of the appeal?</li> <li>b. What is the purpose of the <i>ex parte</i> hearing on the merits?</li> <li>c. Is an <i>ex parte</i> hearing on the merits required in these appeals?</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>b. La Cour fédérale, en tant que cour supérieure d'archives, devrait-elle conserver une copie des renseignements retirés?</li> <li>c. Quelles mesures le greffe désigné devrait-il prendre pour s'assurer que les renseignements retirés ne font plus partie du dossier d'appel et à quel moment faudrait-il renvoyer ces renseignements au ministre?</li> </ul> <p>4. L'audience <i>ex parte</i> sur le fond :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Le régime prévu à l'article 16 de la LSDA autorise-t-il la tenue d'une audience <i>ex parte</i> sur le fond?</li> <li>b. Quel est l'objet de l'audience <i>ex parte</i> sur le fond?</li> <li>c. Est-il nécessaire en l'espèce de tenir une audience <i>ex parte</i> sur le fond?</li> </ul> |
|---|---|

#### IV. ARGUMENTS

##### A. RESPONDENT'S REPRESENTATIONS

[30] The respondent argues that: (1) the role of the designated judge in appeals under the SATA is akin to the role assumed in a conventional judicial review; (2) the role of the *amici curiae* is not analogous to that of a special advocate and does not allow for the cross-examination of witnesses on the merits of the decision under appeal unless new evidence is received by the Court; (3) the designated judge and the *amici curiae* may review the contents of the withdrawn information and be informed of the reasons for its withdrawal; and (4) an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits is allowed under the SATA and is required in these appeals.

##### (1) Role of the Designated Judge

[31] The respondent explains that the statutory appeal under section 16 of the SATA is divided into two phases: the disclosure phase and the merits phase. The respondent notes that during the disclosure phase, the Court

#### IV. LES ARGUMENTS INVOQUÉS

##### A. LES OBSERVATIONS DE L'INTIMÉ

[30] L'intimé fait valoir ce qui suit : 1) dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA, le rôle du juge désigné est semblable à celui que joue un juge dans un contrôle judiciaire classique, 2) le rôle des *amici curiae* n'est pas analogue à celui d'un avocat spécial et il ne permet pas de contre-interroger des témoins sur le fond de la décision portée en appel, sauf si la Cour est saisie de nouveaux éléments de preuve, 3) le juge désigné et les *amici curiae* peuvent examiner le contenu des renseignements retirés et être informés des raisons de leur retrait, et 4) une audience sur le fond, tenue *ex parte* et à huis clos, est autorisée par la LSDA et est requise dans les présents appels.

##### 1) Le rôle du juge désigné

[31] L'intimé explique que l'appel prévu à l'article 16 de la LSDA se divise en deux volets : le volet relatif à la divulgation et le volet relatif au fond. Il signale qu'au cours du volet relatif à la divulgation, la Cour passe en



reviews the redactions made by the respondent to determine whether the disclosure of that information would be injurious to national security or endanger the safety of any person. In this phase, the designated judge undertakes a robust “gatekeeper” role. In doing so, the respondent states that the designated judge is responsible for ensuring the confidentiality of the information or other evidence provided by the Minister that would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed and is equally responsible for ensuring that an appellant is reasonably informed.

[32] During the merits phase, the respondent notes that the Court determines whether the Minister’s decision is reasonable, and in doing so, assumes a role that is akin to a role adopted by a judge in a conventional judicial review. The respondent argues that this role in the merits portion of appeals under the SATA is set out in subsection 16(4), which provides that the “judge must, without delay, determine whether the decision [of the Minister] is reasonable on the basis of the information available to the judge.” As such, the respondent holds that this language, along with the general scheme of the SATA, suggests that the role of the Court is akin to its role in a conventional judicial review and therefore the designated judge must show judicial restraint and respect for the distinct role of administrative decision makers. They state that the designated judge must not conduct a *de novo* analysis of the decision and must refrain from deciding the issues themselves, as this is not their assigned role.

## (2) Role of the *Amici Curiae*

[33] The respondent argues that: (i) the role of the *amici curiae* is to assist the Court without acting on behalf of any specific party and is not analogous to the role of a special advocate; and (ii) that, barring new evidence, this role does not include the ability to cross-examine witnesses on the merits of the appeal.

[34] The respondent states that the *amici curiae* may participate in both the disclosure and merits portions of the appeals. However, citing this Court’s decision in *Canada (Attorney General) v. Telbani*, 2014 FC 1050 (*Telbani*), at

revue les éléments que l’intimé a caviardés afin de déterminer si la divulgation de ces renseignements porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui. Lors de ce volet, le juge désigné joue un rôle vigoureux de « gardien ». L’intimé ajoute que le juge désigné, en agissant ainsi, est chargé d’assurer la confidentialité des renseignements ou des autres éléments de preuve fournis par le ministre qui, s’ils étaient divulgués, porteraient atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui, et il lui incombe également de veiller à ce que les appelants soient raisonnablement informés.

[32] L’intimé signale que, lors du volet relatif au fond, la Cour détermine si la décision du ministre est raisonnable et que, en agissant ainsi, elle joue un rôle qui est semblable à celui qu’adopte un juge dans un contrôle judiciaire classique. Il fait valoir que ce rôle, dans le volet relatif au fond des appels interjetés sous le régime de la LSDA, est énoncé au paragraphe 16(4), lequel prévoit que « [d]ès qu’il est saisi de la demande, le juge décide si la décision est raisonnable compte tenu de l’information dont il dispose ». L’intimé soutient que ce libellé, de pair avec le régime général de la LSDA, donne à penser que le rôle que joue la Cour est semblable à celui qu’elle joue dans un contrôle judiciaire classique et que, de ce fait, le juge désigné doit faire preuve de retenue judiciaire et de respect pour le rôle distinct des décideurs administratifs. Le juge désigné, ajoute-t-il, ne doit pas procéder à une nouvelle analyse de la décision et il doit s’abstenir de trancher les questions litigieuses elles-mêmes, car ce n’est pas le rôle qui lui est assigné.

## 2) Le rôle des *amici curiae*

[33] L’intimé fait valoir ce qui suit : (i) le rôle des *amici curiae* consiste à prêter assistance à la Cour sans représenter une partie précise, et ce rôle n’est pas semblable à celui d’un avocat spécial; (ii) à défaut d’éléments de preuve nouveaux, ce rôle n’inclut pas la possibilité de contre-interroger des témoins sur le fond de l’appel.

[34] L’intimé déclare que les *amici curiae* peuvent prendre part au volet relatif à la divulgation comme à celui relatif au fond des appels. Cependant, citant la décision rendue par notre Cour, *Canada (Procureur général)*

paragraph 27, the respondent argues that an *amicus curiae*'s role must be restrained to assisting a court without acting on behalf of any specific party. The respondent notes that the SATA regime was enacted well after the creation of the special advocates regime under the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) and therefore Parliament would have specifically included such a regime in the SATA had it wanted to do so.

[35] In the circumstances, the respondent notes that the *amici curiae*'s role may extend to examining affiants in order to assist the Court in forming its opinion as to whether the disclosure of the information would be injurious to national security or endanger the safety of any person. However, barring new evidence that was not before the Minister at the time of the decision, the respondent states that the *amici curiae* should not be permitted to cross-examine witnesses on the merits of the Minister's decision, as this would be contrary to Parliament's intent in having enacted the SATA and would be inconsistent with the role assigned to the designated judge in the merits portion of appeals under the SATA.

### (3) Withdrawal of Information

[36] The respondent advances the position that: (i) the designated judge and the *amici curiae* can be provided with the withdrawn information and the reasons for which it was withdrawn; (ii) the Court, as a superior court of record, can retain a copy of the withdrawn information; and (iii) sufficient steps have already been taken to ensure that the withdrawn information is no longer part of the appeal book and has already been returned to the Minister.

### (4) *Ex Parte* Hearing on the Merits

[37] The respondent argues that: (i) paragraph 16(6)(f) of the SATA implicitly allows for an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits of the appeal; (ii) the purpose of the *ex parte* and *in camera* hearing on the merits is to allow the Court to determine whether the Minister's decision was reasonable in light of the confidential

*c. Telbani*, 2014 CF 1050 (décision *Telbani*), au paragraphe 27, il soutient que le rôle d'un *amicus curiae* doit se limiter à aider le tribunal sans représenter une partie particulière. Il signale que le régime de la LSDA a été adopté bien après la création du régime des avocats spéciaux dans le cadre de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR) et que, cela étant, le législateur, s'il l'avait voulu, aurait pu prévoir expressément un tel régime dans la LSDA.

[35] L'intimé signale que, dans les circonstances, le rôle des *amici curiae* peut aller jusqu'à interroger des auteurs d'affidavit afin d'aider la Cour à se former une opinion quant à la question de savoir si la divulgation des renseignements porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Cependant, il ajoute que, à défaut de nouveaux éléments de preuve dont ne disposait pas le ministre au moment où il a rendu la décision, les *amici curiae* ne devraient pas être autorisés à contre-interroger des témoins sur le fond de la décision du ministre, car cela serait à la fois contraire à l'intention qu'avait le législateur en faisant adopter la LSDA et incompatible avec le rôle attribué au juge désigné dans le volet relatif au fond des appels interjetés sous le régime de la LSDA.

### 3) Le retrait de renseignements

[36] Selon l'intimé, (i) il est possible de fournir au juge désigné et aux *amici curiae* les renseignements retirés et les raisons pour lesquelles ils l'ont été, (ii) la Cour, en tant que cour supérieure d'archives, peut conserver une copie des renseignements retirés et (iii) des mesures suffisantes ont déjà été prises pour veiller à ce que les renseignements retirés ne fassent plus partie du dossier d'appel et ils ont déjà été renvoyés au ministre.

### 4) L'audience *ex parte* sur le fond

[37] L'intimé fait valoir ce qui suit : (i) l'alinéa 16(6)f de la LSDA autorise implicitement la tenue d'une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond de l'appel, (ii) l'audience *ex parte* et à huis clos sur le fond a pour but de permettre à la Cour de déterminer si la décision du ministre était raisonnable au vu des

information; and (iii) an *ex parte* and *in camera* hearing is required in these appeals.

#### B. MR. BHAGAT SINGH BRAR'S REPRESENTATIONS

[38] Mr. Brar submits that: (1) the role of the designated judge is to ensure procedural fairness and as much transparency as possible while also ensuring that the record supports the reasonableness of the Minister's finding; (2) the *amici curiae*'s role is to serve as a "substantial substitute" for the appellant during *ex parte* and *in camera* proceedings and must be empowered to cross-examine witnesses on the merits of the decision under appeal; and (3) an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits is possible and likely required in this case. Notwithstanding these submissions, Mr. Brar still maintains that the SATA scheme violates the norms of procedural fairness and is unconstitutional.

##### (1) Role of the Designated Judge

[39] Mr. Brar argues that the role of the designated judge in a SATA appeal is that of a "gatekeeper" entrusted with ensuring both the reasonableness of the Minister's decision and a fair and transparent process, given the unique circumstances. Citing *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33 (*Harkat (2014)*), at paragraph 46, Mr. Brar states that the SATA assigns to the designated judge a robust role much like the one assigned in the security certificate context under the IRPA and that the designated judge must therefore take on an "interventionist" role to ensure procedural fairness.

[40] Although Mr. Brar states that he does not disagree with the respondent that the starting point of a reasonableness review is judicial restraint and respect for the distinct role of administrative decision makers, he argues that the level of deference must be adjusted according to: (1) the ability of the designated judge to receive evidence

renseignements confidentiels, et (iii) il est nécessaire de tenir une audience *ex parte* et à huis clos dans les présents appels.

#### B. LES OBSERVATIONS DE M. BHAGAT SINGH BRAR

[38] M. Brar soutient ce qui suit : 1) le rôle de juge désigné consiste à assurer l'équité de la procédure et le plus de transparence possible tout en s'assurant que la conclusion que le ministre a tirée était raisonnable au vu du dossier, 2) le rôle des *amici curiae* consiste à servir de [TRADUCTION] « solution de rechange qui remplace pour l'essentiel » l'appelant lors d'une instance *ex parte* et à huis clos, et ils doivent être habilités à contre-interroger des témoins sur le fond de la décision portée en appel, et 3) une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond est possible et vraisemblablement requise en l'espèce. Indépendamment de ces observations, M. Brar persiste à soutenir que le régime de la LSDA porte atteinte aux normes de l'équité procédurale et qu'il est inconstitutionnel.

##### 1) Le rôle du juge désigné

[39] M. Brar fait valoir que, dans un appel interjeté sous le régime de la LSDA, le juge désigné joue un rôle de « gardien » dont la tâche consiste à s'assurer à la fois du caractère raisonnable de la décision du ministre et de la tenue d'un processus équitable et transparent, compte tenu des circonstances particulières qui sont en cause. Citant l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33 (arrêt *Harkat (2014)*), au paragraphe 46, M. Brar déclare que la LSDA confie au juge désigné un rôle vigoureux qui ressemble en grande partie à celui qui est attribué dans le contexte des certificats de sécurité sous le régime de la LIPR et que ce juge doit donc jouer un rôle « interventionniste » afin d'assurer l'équité procédurale de l'instance.

[40] M. Brar dit ne pas être en désaccord avec la position de l'intimé, à savoir que le point de départ d'un contrôle du caractère raisonnable d'une décision est la retenue judiciaire et un certain respect pour le rôle distinct que jouent les décideurs administratifs, mais il fait valoir que le degré de retenue doit être ajusté en fonction

that was not before the decision maker; (2) the fact that previously withheld information may be disclosed to an appellant, placing them in a better position to make their case as compared to the administrative recourse stage before the original decision maker; (3) the requirement that the designated judge's decision be based on the information and evidence available as opposed to the information before the decision maker, and (4) the designated judge's power to order that an appellant's name be removed from the list pursuant to subsection 16(5).

### (2) Role of the *Amici Curiae*

[41] Mr. Brar states that the Supreme Court of Canada has made it clear in both *Harkat (2014)*, at paragraphs 43 and 47, and *Charkaoui I*, at paragraph 63, that, in the context of *ex parte* and *in camera* proceedings, procedural fairness requires a “substantial substitute” for the full disclosure and full participation of the appellant. For Mr. Brar, a “substantial substitute” requires that a special advocate, or an *amicus curiae*, be assigned a role that permits them to “act as vigorously and effectively as the [appellant] would act in a public proceeding”, citing *Harkat (2014)*, at paragraph 47.

[42] Moreover, Mr. Brar argues that the *amici curiae* must be given the power to cross-examine witnesses on the merits of the appeal, as this power is necessary to: (1) uphold his right to meaningfully respond to information relied upon by the Minister; (2) satisfy the need for the Court to obtain sufficient information to subject the facts relied upon by the Minister to independent judicial scrutiny; and (3) uphold the terms of the order appointing the *amici curiae*.

### (3) *Ex Parte* Hearing on the Merits

[43] Mr. Brar agrees with the respondent that section 16 of the SATA allows for an *ex parte* hearing on the merits and also agrees that the purpose of an *ex parte* hearing

des aspects suivants : 1) la capacité du juge désigné de recevoir des éléments de preuve dont ne disposait pas le décideur, 2) le fait que des renseignements antérieurement retenus peuvent être divulgués à un appellant, ce qui met ce dernier en meilleure posture pour plaider sa cause, comparativement à l'étape du recours administratif devant le décideur initial, 3) l'exigence selon laquelle la décision du juge désigné doit être fondée sur les renseignements et les éléments de preuve disponibles, par opposition aux renseignements présentés au décideur, et 4) le pouvoir qu'a le juge désigné d'ordonner que le nom d'un appellant soit radié de la liste conformément au paragraphe 16(5) de la LSDA.

### 2) Le rôle des *amici curiae*

[41] Aux dires de M. Brar, la Cour suprême du Canada a clairement indiqué, tant dans l'arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 43 et 47, que dans l'arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 63, que, dans le contexte d'une instance *ex parte* et à huis clos, l'équité procédurale requiert la présence d'une solution de rechange qui vise à « remplacer pour l'essentiel » la divulgation complète et la pleine participation de l'appellant. Selon M. Brar, ce mécanisme oblige à confier à un avocat spécial, ou à un *amicus curiae*, un rôle qui lui permet « d'agir avec autant de vigueur et d'efficacité que le ferait la personne visée elle-même au cours d'une instance publique », citant l'arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 47.

[42] Par ailleurs, M. Brar fait valoir qu'il faut conférer aux *amici curiae* le pouvoir de contre-interroger des témoins sur le fond de l'appel, car ce pouvoir est nécessaire pour 1) respecter leur droit de répondre utilement aux renseignements sur lesquels le ministre s'est fondé, 2) répondre au besoin qu'a la Cour d'obtenir suffisamment de renseignements pour soumettre à un examen judiciaire indépendant les faits sur lesquels le ministre s'est fondé, et 3) respecter les conditions de l'ordonnance désignant les *amici curiae*.

### 3) L'audience *ex parte* sur le fond

[43] M. Brar convient avec l'intimé que l'article 16 de la LSDA permet de tenir une audience *ex parte* sur le fond et il est également d'accord pour dire que l'objet

on the merits would be to permit the Court to consider confidential information or other evidence not available to an appellant when assessing the reasonableness of the Minister's decision. In addition, Mr. Brar states that an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits would only be required in his appeal if the Minister still intends to rely on information that is not eventually disclosed to the appellants to support the reasonableness of the Minister's decision.

C. MR. PARVKAR SINGH DULAI'S REPRESENTATIONS

[44] Mr. Dulai argues that: (1) the role of the designated judge under the SATA is akin to that of a designated judge in security certificate cases under the IRPA; (2) the role of the *amici curiae* is to protect the interests of the named person and to make up, to the fullest extent as possible, for the named person's exclusion from the *ex parte* and *in camera* proceedings; (3) the designated judge's and the *amici curiae*'s access to the withdrawn information, and the reasons for its withdrawal, is essential to ensuring procedural fairness; and that (4) an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits of the appeals is possible under the SATA and is likely necessary in this case.

(1) Role of the Designated Judge

[45] Mr. Dulai argues that the role of the designated judge in appeals under the SATA is akin to that of the designated judge in security certificate cases under the IRPA, and as such, the judge has the discretion and the flexibility to fashion a fair process according to the circumstances. Mr. Dulai submits that both the common law and the statutory provisions of the SATA support the conclusion that the designated judge's role as a "gatekeeper" is robust.

[46] Mr. Dulai argues that the respondent's position concerning the role of the designated judge in appeals under the SATA is not in line with the Supreme Court of Canada's jurisprudence on deference in the context of

d'une telle audience serait de permettre à la Cour de prendre en considération des renseignements confidentiels ou d'autres éléments de preuve dont ne dispose pas l'appelant lors de l'évaluation du caractère raisonnable de la décision du ministre. De plus, il indique qu'une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond ne serait requise dans le cadre de son appel que si le ministre entend encore se fonder sur des renseignements qui ne sont pas divulgués en fin de compte aux appelants pour étayer le caractère raisonnable de sa décision.

C. LES OBSERVATIONS DE M. PARVKAR SINGH DULAI

[44] M. Dulai fait valoir ce qui suit : 1) sous le régime de la LSDA, le rôle du juge désigné est semblable à celui d'un juge désigné dans une affaire de certificat de sécurité qui relève de la LIPR; 2) le rôle des *amici curiae* consiste à protéger les intérêts de la personne désignée et de compenser dans toute la mesure du possible le fait que la personne désignée est exclue de l'instance *ex parte* et à huis clos; 3) l'accès du juge désigné et des *amici curiae* aux renseignements retenus, ainsi qu'aux raisons de leur retrait, est essentiel pour assurer l'équité procédurale; 4) une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond des appels peut être tenue sous le régime de la LSDA et une telle audience est vraisemblablement requise en l'espèce.

1) Le rôle du juge désigné

[45] M. Dulai fait valoir que, dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA, le rôle du juge désigné est semblable à celui du juge désigné dans une affaire de certificat de sécurité relevant de la LIPR et que, dans ce contexte, le juge a le pouvoir discrétionnaire et la souplesse qu'il faut pour concevoir un processus équitable, selon les circonstances en cause. Il soutient que tant la common law que les dispositions législatives de la LSDA étayent la conclusion selon laquelle le rôle de « gardien » que joue le juge désigné est vigoureux.

[46] M. Dulai allègue que la position de l'intimé au sujet du rôle que joue le juge désigné dans un appel interjeté sous le régime de la LSDA ne cadre pas avec la jurisprudence de la Cour suprême du Canada au sujet

national security. Citing *Charkaoui I*, at paragraphs 38–42, Mr. Dulai points to the fact that the Supreme Court of Canada noted that having to conduct a reasonableness review did not preclude the designated judge from having to undertake an “active role”. Moreover, Mr. Dulai notes that the reasoning in *Harkat (2014)* applies equally in the context of SATA appeals and therefore the designated judge must assume the role of a robust gatekeeper. In addition, given the similarities between the SATA appeal provisions and the security certificate regime under the IRPA, Mr. Dulai notes that it can be presumed that Parliament intended to assign the designated judge a gatekeeper role that is consistent with the one set out by the Supreme Court of Canada in *Harkat (2014)*.

## (2) Role of the *Amici Curiae*

[47] Mr. Dulai submits that the role of the *amici curiae* must go beyond the traditional role of a “friend of the court” and instead be one where they are empowered to vigorously protect the interests of the appellants and to take on the functions of the appellants’ counsel during the *ex parte* and *in camera* proceedings. This notably includes the ability to cross-examine witnesses on the merits during any *ex parte* and *in camera* portions of the appeals. Mr. Dulai submits that anything less would result in a clear violation of the Charter and the principles of procedural fairness.

[48] Mr. Dulai states that the Supreme Court of Canada has made it clear in *Charkaoui I* and *Harkat (2014)* that a “substantial substitute” for a person’s informed participation in closed proceedings must be provided when section 7 rights are engaged and that a legislative scheme’s failure to provide the opportunity for such renders it unconstitutional (*Charkaoui I*, at paragraphs 70 and 86; *Harkat (2014)*, at paragraphs 47 and 56). Moreover, he states that the Supreme Court of Canada’s decision in *Harkat (2014)* makes it clear that, in order to provide a substantial substitute, a special advocate must be assigned a role that empowers them “to protect the interests of the named person and ‘to make up so far as possible for the

de la retenue dont il faut faire preuve dans le contexte de la sécurité nationale. Citant l’arrêt *Charkaoui I*, aux paragraphes 38 à 42, M. Dulai souligne que la Cour suprême du Canada a fait remarquer que le fait d’avoir à effectuer un examen du caractère raisonnable d’une décision n’empêche pas le juge désigné de jouer un « rôle actif ». Par ailleurs, il signale que le raisonnement formulé dans l’arrêt *Harkat (2014)* s’applique de la même façon dans le contexte des appels interjetés sous le régime de la LSDA et que le juge désigné doit donc jouer le rôle d’un gardien vigoureux. De plus, il ajoute qu’en raison des similitudes entre les dispositions en matière d’appel de la LSDA et le régime des certificats de sécurité que prévoit la LIPR, on peut présumer que le législateur entendait attribuer au juge désigné un rôle de gardien qui est conforme à celui que la Cour suprême du Canada a décrit dans l’arrêt *Harkat (2014)*.

## 2) Le rôle des *amici curiae*

[47] M. Dulai soutient que le rôle des *amici curiae* doit déborder le cadre du rôle classique d’un « ami de la cour » et qu’il est plutôt nécessaire de leur reconnaître le pouvoir de protéger avec vigueur les intérêts des appellants et d’assumer les fonctions des conseils de ces derniers pendant les instances *ex parte* et à huis clos. Cela comporte notamment la capacité de contre-interroger des témoins sur le fond de la décision pendant n’importe quelle partie *ex parte* et à huis clos des appels. Il ajoute que toute exigence moindre mènerait à une violation évidente de la Charte ainsi que des principes d’équité procédurale.

[48] M. Dulai déclare que la Cour suprême du Canada a clairement indiqué dans les arrêts *Charkaoui I* et *Harkat (2014)* qu’il est nécessaire de prévoir une solution de rechange visant à « remplacer pour l’essentiel » la participation éclairée d’une personne à une instance tenue à huis clos dans les cas où les droits garantis par l’article 7 sont en cause et que le défaut d’un régime législatif d’offrir cette possibilité le rend inconstitutionnel (arrêt *Charkaoui I*, aux paragraphes 70 et 86; arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 47 et 56). De plus, ajoute-t-il, il ressort clairement de l’arrêt *Harkat (2014)* que, pour offrir une solution de rechange qui vise à remplacer pour l’essentiel la personne intéressée, il est

[named person's] own exclusion from the evidentiary process” citing *Harkat (2014)*, at paragraphs 35, 37, 47 and 67. As such, Mr. Dulai holds that the role of the *amici curiae* should reflect the Supreme Court of Canada's statements in these decisions, as it would be reasonable to conclude that Parliament intended for the designated judge to exercise their discretion pursuant to their role as “gatekeepers” to appoint an *amicus curiae* with a mandate to ensure procedural fairness.

[49] Regarding cross-examination, Mr. Dulai argues that the respondent's position that the SATA does not provide for the possibility of a challenge to the relevance, reliability, or sufficiency of the information before the Minister would render the entire SATA scheme hollow. Mr. Dulai submits that the respondent's argument is inconsistent with the common law understanding of procedural fairness, which requires that the appellants be given a meaningful opportunity to challenge the credibility, reliability, and sufficiency of the evidence relied upon to limit their fundamental rights and freedoms, citing *Charkaoui I*, at paragraph 61. Seeing as the Supreme Court of Canada has recognized that cross-examination is “of essential importance” in assessing credibility and reliability (*R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at page 663, (1993), 109 D.L.R. (4th) 478) and that the appellants have not been provided an opportunity to challenge the confidential information at any point in the process under the SATA, Mr. Dulai argues that the *amici curiae* must be empowered to cross-examine witnesses during the merits phase of the appeal.

### (3) Withdrawal of Information

[50] Mr. Dulai submits that: (i) the designated judge and the *amici curiae* should see the withdrawn information and be informed of the reasons for its withdrawal; (ii) the Court should retain a copy of the withdrawn information; and (iii) the Court need not take any further steps to secure the withdrawn information. Mr. Dulai argues that it would be contrary to procedural fairness to permit the respondent to unilaterally withdraw information the Minister relied upon without disclosing the

nécessaire d'attribuer à l'avocat spécial un rôle qui l'habilite à « défendre les intérêts de la personne visée durant la portion à huis clos des procédures », citant l'arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 37, 47 et 67. Cela étant, il soutient que le rôle des *amici curiae* devrait refléter les déclarations qu'a faites la Cour suprême du Canada dans ces arrêts, car il serait raisonnable de conclure que le législateur entendait que le juge désigné exerce, dans le cadre de son rôle de « gardien », son pouvoir discrétionnaire pour désigner un *amicus curiae* ayant pour mandat de s'assurer du respect de l'équité procédurale.

[49] Pour ce qui est du contre-interrogatoire, M. Dulai soutient que la position de l'intimé, à savoir que la LSDA n'offre pas la possibilité de contester la pertinence, la fiabilité ou le caractère suffisant des renseignements présentés au ministre, viderait de son sens le régime tout entier de la LSDA. Il ajoute que l'argument qu'invoque l'intimé ne concorde pas avec la conception de l'équité procédurale selon la common law, laquelle exige que l'on donne aux appelants une possibilité véritable de contester la crédibilité, la fiabilité et le caractère suffisant des éléments de preuve sur lesquels on se fonde pour restreindre leurs libertés et leurs droits fondamentaux, citant l'arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 61. Constatant que la Cour suprême du Canada a reconnu qu'un contre-interrogatoire « remplit un rôle essentiel » pour l'évaluation de la crédibilité et de la fiabilité (*R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, à la page 663) et que les appelants n'ont pas eu la possibilité de contester les renseignements confidentiels au cours du processus suivi dans le cadre de la LSDA, M. Dulai allègue que les *amici curiae* doivent être habilités à contre-interroger des témoins lors du volet de l'appel relatif au fond.

### 3) Le retrait de renseignements

[50] M. Dulai soutient ce qui suit : (i) le juge désigné et les *amici curiae* devraient voir les renseignements qui ont été retirés et être informés des raisons de leur retrait; (ii) la Cour devrait conserver une copie des renseignements retirés; (iii) il n'est pas nécessaire que la Cour prenne d'autres mesures pour sécuriser les renseignements retirés. Il ajoute qu'il serait contraire à l'équité procédurale de permettre à l'intimé de retirer unilatéralement des renseignements sur lesquels le ministre s'est

information and reasons for its withdrawal. Mr. Dulai also states that, to the extent that a summary of the reasons for the withdrawal can be provided to him, the Court should do so pursuant to paragraph 16(6)(c) of the SATA.

(4) *Ex Parte* Hearing on the Merits

[51] Mr. Dulai submits that an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits is allowed throughout the appeal process in subsection 16(6) of the SATA, and that the purpose of such a hearing is to allow the judge to hear confidential information that cannot be disclosed to an appellant, as well as submissions on this information, in order to determine whether the Minister's decision was reasonable. However, although Mr. Dulai admits that an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits will likely be required in this case, he notes that it should not be necessarily assumed.

D. REPRESENTATIONS OF THE AMICI CURIAE

[52] The *amici curiae* submit that: (1) the role of the designated judge in appeals under the ISATA is similar to the role described in *Harkat (2014)* and is not akin to the role of a judge in a conventional judicial review; (2) their role is to serve as a substantial substitute for the full disclosure and full participation of the appellants in the *ex parte* and *in camera* portion of the appeals and that they must be empowered to cross-examine witnesses on the merits to fulfill this role; (3) there are no issues with them seeing the withdrawn information or being provided with the reasons for the withdrawal; and (4) the SATA allows for an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits, although the Court should not pronounce itself on whether one is required at this preliminary stage.

(1) Role of the Designated Judge

[53] The *amici curiae* submit that the SATA scheme is fundamentally different from a judicial review as the judge may receive new evidence, including evidence and information not before the decision maker, may base

fondé sans divulguer ces renseignements et les raisons de leur retrait. Il déclare également que, dans la mesure où il est possible de lui fournir un résumé des motifs du retrait, la Cour devrait le faire conformément à l'alinéa 16(6)c) de la LSDA.

4) L'audience *ex parte* sur le fond

[51] M. Dulai soutient que le paragraphe 16(6) de la LSDA autorise la tenue d'une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond pendant toute la durée du processus d'appel et que cette audience a pour but de permettre au juge d'entendre des renseignements confidentiels qui ne peuvent pas être divulgués à l'appelant, ainsi que des observations sur ces renseignements, en vue de déterminer si la décision du ministre était raisonnable. Cependant, bien que M. Dulai admette qu'une telle audience sera vraisemblablement requise en l'espèce, il souligne qu'il ne faudrait pas nécessairement le présumer.

D. LES OBSERVATIONS DES AMICI CURIAE

[52] Les *amici curiae* font valoir ce qui suit : 1) dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA, le rôle du juge désigné est semblable à celui qui est décrit dans l'arrêt *Harkat (2014)* et il n'est pas assimilable à celui que joue un juge dans le cadre d'un contrôle judiciaire classique; 2) leur rôle consiste à servir de solution de rechange visant à remplacer pour l'essentiel la divulgation complète et la pleine participation des appelants pendant le volet *ex parte* et à huis clos des appels, et ils doivent être habilités à contre-interroger des témoins sur le fond pour pouvoir s'acquitter de ce rôle; 3) il n'y a aucun problème à ce qu'ils voient les renseignements retirés ou à ce qu'on leur fasse part des raisons du retrait; 4) la LSDA autorise la tenue d'une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond, mais la Cour ne devrait pas se prononcer sur la question de savoir s'il est nécessaire d'en tenir une à ce stade préliminaire.

1) Le rôle du juge désigné

[53] Les *amici curiae* soutiennent que le régime de la LSDA est fondamentalement différent d'un contrôle judiciaire, car le juge peut recevoir de nouveaux éléments de preuve, dont des éléments de preuve et des



their decision on information available to them regardless of whether it was before the decision maker, and may order the removal of an appellant from the SATA rather than having to send the decision back for re-determination. The *amici curiae* therefore submit that the role of the designated judge in appeals under the SATA is similar to the role described in *Harkat (2014)*, at paragraph 46, being one that is “interventionist”.

## (2) Role of the *Amici Curiae*

[54] The *amici curiae* argue that the constitutional norms of procedural fairness set out in *Charkaoui I* and *Harkat (2014)* are essential in understanding their role. The *amici curiae* state that the wording throughout subsection 16(6) of the SATA, notably paragraphs 16(6)(c) and 16(6)(d), clearly demonstrate a concern for procedural fairness and that *Charkaoui I* and *Harkat (2014)* clearly indicate that, for *ex parte* and *in camera* proceedings, a person must be provided with a “substantial substitute” to their right to know and answer the case against them. In *Harkat (2014)*, this meant a special advocate scheme combined with an interventionist judge. The *amici curiae* argue that the SATA must be interpreted according to these decisions seeing as Parliament is presumed to have intended to enact legislation in conformity with the Charter, citing *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 208, at paragraphs 55–56.

[55] Accordingly, the *amici curiae* disagree with the restraints proposed by the respondent on their roles as they are not required by the SATA, are inconsistent with *Charkaoui I* and *Harkat (2014)*, and are contrary to the order appointing them. Instead, the *amici curiae* hold that they are able to cross-examine witnesses in the disclosure phase for the purpose of the merits phase and that they are able to cross-examine witnesses concerning information that was before the decision maker. They note that, should their mandate not include these powers,

renseignements dont ne disposait pas le décideur, il peut fonder sa décision sur les renseignements dont il dispose, indépendamment de la question de savoir si ces renseignements ont été présentés au décideur, et il peut ordonner la radiation du nom d’un appellant de la liste de la LSDA plutôt que d’avoir à renvoyer la décision afin qu’une nouvelle décision soit rendue. Les *amici curiae* soutiennent donc que, dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA, le rôle du juge désigné est semblable à celui qui est décrit dans l’arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 46, soit un rôle « interventionniste ».

## 2) Le rôle des *amici curiae*

[54] Les *amici curiae* font valoir que, pour comprendre le rôle qu’ils jouent, les normes constitutionnelles d’équité procédurale qui sont énoncées dans les arrêts *Charkaoui I* et *Harkat (2014)* sont essentielles. Ils ajoutent que le libellé du paragraphe 16(6) de la LSDA, et notamment les alinéas c) et d), font clairement état d’un souci en matière d’équité procédurale et qu’il ressort clairement de ces deux arrêts que, dans le cas d’une instance tenue *ex parte* et à huis clos, les intéressés doivent bénéficier d’une solution de rechange qui vise à « remplacer, pour l’essentiel » leur droit de connaître la preuve qui pèse contre eux et d’y répondre. Dans l’arrêt *Harkat (2014)*, cela voulait dire un système d’avocats spéciaux, combiné à un juge interventionniste. Les *amici curiae* soutiennent qu’il est nécessaire d’interpréter la LSDA en fonction de ces arrêts, car le législateur est présumé avoir eu l’intention d’adopter des dispositions conformes à la Charte, citant à cet effet l’arrêt *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 208, aux paragraphes 55 et 56.

[55] Les *amici curiae* ne sont donc pas d’accord avec les restrictions que l’intimé propose d’imposer en ce qui concerne leurs rôles, car elles ne sont pas exigées par la LSDA, elles sont incompatibles avec les arrêts *Charkaoui I* et *Harkat (2014)* et elles sont contraires à l’ordonnance qui les a désignés. Ils soutiennent plutôt qu’ils peuvent contre-interroger des témoins dans le cadre du volet de la divulgation pour les besoins du volet relatif au fond et qu’ils peuvent contre-interroger des témoins sur des renseignements dont disposait le décideur.

they will be unable to serve as a substantial substitute for the full disclosure and full participation of the appellants in the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals.

### (3) Withdrawal of Information

[56] The *amici curiae* agree with the respondent that they and the designated judge should be provided with the withdrawn information as well as the reasons for its withdrawal. They also submit that the Court can retain a copy of the withdrawn information as a superior court of record.

### (4) *Ex Parte* Hearing on the Merits

[57] The *amici curiae* agree that the SATA allows for an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits of the appeal pursuant to paragraph 16(6)(a). However, although the *amici curiae* recognize a designated judge's authority to organize an appeal by creating distinct phases, they state that it ought not be regarded as a necessary feature of an appeal under the SATA as it is not always easy to make a distinction between disclosure issues and merit issues.

## V. ANALYSIS

### A. REVIEW AND ANALYSIS OF THE SATA

[58] In order to analyze the preliminary questions in this matter, it is first essential to undertake a review of the SATA, the legislative scheme at the heart of these questions. An understanding of its legislative object, its operation, and its appeal mechanism is the compass that will be necessary to navigate these uncharted waters. This section will therefore address: (1) the context and legislative object of the SATA; (2) the operation of the SATA; and (3) the appeal provisions of the SATA; the first issue providing the information necessary to conduct a contextual and purposive analysis of the latter two throughout this decision. Indeed, this is in accordance with the modern approach to statutory interpretation endorsed by the Supreme Court of Canada on numerous occasions.

Si leur mandat n'inclut pas ces pouvoirs, ils seront selon eux incapables d'agir comme solution de rechange visant à « remplacer pour l'essentiel » la pleine divulgation et la participation complète des appelants lors des volets *ex parte* et à huis clos des appels.

### 3) Le retrait des renseignements

[56] Les *amici curiae* conviennent avec l'intimé que le juge désigné devrait recevoir les renseignements retirés, de même que les raisons de leur retrait. Ils soutiennent également que la Cour, en tant que cour supérieure d'archives, peut conserver une copie des renseignements retirés.

### 4) L'audience *ex parte* sur le fond

[57] Les *amici curiae* conviennent que la LSDA autorise, à l'alinéa 16(6)a), la tenue d'une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond de l'appel. Cependant, même s'ils reconnaissent le pouvoir qu'a un juge désigné de structurer un appel en créant des volets distincts, ils sont d'avis que cela ne devrait pas être considéré comme une caractéristique nécessaire d'un appel interjeté sous le régime de la LSDA, car il n'est pas toujours facile de faire une distinction entre les questions relatives à la divulgation et les questions relatives au fond.

## V. ANALYSE

### A. EXAMEN ET ANALYSE DE LA LSDA

[58] Pour pouvoir analyser les questions préliminaires qui se posent en l'espèce, il est tout d'abord essentiel de procéder à un examen de la LSDA, le régime législatif au cœur de ces questions. La compréhension de son objet, de son application et de son mécanisme d'appel constituera la boussole qui sera nécessaire pour naviguer dans ces eaux inconnues. La présente section porte donc sur les sujets suivants : 1) le contexte et l'objet de la LSDA; 2) l'application de la LSDA; 3) les dispositions d'appel de la LSDA. Le premier de ces sujets fournira les renseignements nécessaires pour procéder à une analyse contextuelle et téléologique des deux autres tout au long de la présente décision. Cette approche concorde d'ailleurs avec la méthode moderne d'interprétation législative que

See *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418 (*Rizzo*), at paragraph 21 and *R. v. Rafilovich*, 2019 SCC 51, 442 D.L.R. (4th) 539 (*Rafilovich*), at paragraph 97, the latter offering a recent concise summary of the state of the law on this point:

The issue on appeal is one of statutory interpretation. Accordingly, the analysis is to be guided by the modern approach to statutory interpretation: “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 the Parliament” (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26).

[59] This approach will permit us to better understand what the designated judge is called upon to do when an appeal is initiated under the SATA and will help contextualize the mandate of the *amici curiae*.

#### (1) Context and Legislative Object of the SATA

[60] Although the SATA does not include a summary or a preamble stating its legislative object, its general object of balancing individual rights and freedoms with Canada’s national security interests relating to air travel is manifest when one analyzes: the title of the Act, the summary and preamble of its enacting and amending omnibus legislations, the legal context at the time of its enactment, and the pertinent legislative debates in both chambers of Parliament.

[61] After nearly a decade of operating the Passenger Protection Program (better known as the “no-fly list”) via the *Aeronautics Act*, R.S.C., 1985, c. A-2, Parliament sought to create a specific legislative regime for the operation of this program (affidavit of Lesley Soper, at paragraph 5). Accordingly, the *Anti-Terrorism Act, 2015*, S.C. 2015, c. 20, an omnibus legislation that significantly amended and restructured national security law in Canada, created the SATA in 2015. Following the 2015 federal election, the 42nd Parliament of Canada enacted the *National Security Act, 2017*, S.C. 2019, c. 13, which

la Cour suprême du Canada a entérinée à de nombreuses reprises. Voir les arrêts *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 (arrêt *Rizzo*), au paragraphe 21, et *R. c. Rafilovich*, 2019 CSC 51 (arrêt *Rafilovich*), au paragraphe 97. Ce dernier appel offre un aperçu concis et récent de l’état du droit sur la question :

La question à trancher en l’espèce en est une d’interprétation législative. En conséquence, l’analyse doit être guidée par la méthode moderne d’interprétation législative : [TRADUCTION] « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26).

[59] Cette démarche nous permettra de mieux comprendre ce que le juge désigné est appelé à faire dans les cas où un appel est engagé sous le régime de la LSDA, et elle aidera à contextualiser le mandat des *amici curiae*.

#### 1) Le contexte et l’objet législatif de la LSDA

[60] La LSDA ne comporte pas de sommaire ou de préambule énonçant son objet, mais, quand on analyse le titre de la Loi, le sommaire et le préambule des lois d’ensemble qui ont permis de l’adopter et de la modifier, le contexte juridique qui était en vigueur au moment de son adoption, de même que les débats législatifs pertinents qui ont eu lieu au sein des deux chambres du Parlement, son objet général — mettre en équilibre, d’une part, les libertés et les droits individuels et, d’autre part, les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale dans le domaine des déplacements aériens — ressort clairement.

[61] Après près d’une dizaine d’années d’application du Programme de protection des passagers (mieux connu sous le nom de « liste d’interdiction de vol ») par l’intermédiaire de la *Loi sur l’aéronautique*, L.R.C. (1985), ch. A-2, le Parlement a cherché à créer un régime législatif particulier pour l’application de ce programme (affidavit de Lesley Soper, au paragraphe 5). En conséquence, la *Loi antiterroriste de 2015*, L.C. 2015, ch. 20, loi d’ensemble qui a modifié et restructuré en profondeur le droit de la sécurité nationale au Canada, a créé la LSDA en 2015. Après l’élection fédérale de 2015, la 42<sup>e</sup> législature

received royal assent on June 21, 2019. Once again, this omnibus legislation sought to redraw the legal landscape regarding national security in Canada and accordingly amended an array of legislation, including the SATA.

[62] The SATA's objective of protecting Canada's national security interests and the safety of Canadians in relation to air travel is evidenced in its short title: "*Secure Air Travel Act*" as well as its legislative title: "*An Act to enhance security relating to transportation and to prevent air travel for the purpose of engaging in acts of terrorism.*" Moreover, the summary of the *Anti-Terrorism Act, 2015* confirms this object, noting the following:

*Anti-terrorism Act, 2015*, S.C. 2015, c. 20

Part 2 enacts the *Secure Air Travel Act* in order to provide a new legislative framework for identifying and responding to persons who may engage in an act that poses a threat to transportation security or who may travel by air for the purpose of committing a terrorism offence. That Act authorizes the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness to establish a list of such persons and to direct air carriers to take a specific action to prevent the commission of such acts. In addition, that Act establishes powers and prohibitions governing the collection, use and disclosure of information in support of its administration and enforcement. That Act includes an administrative recourse process for listed persons who have been denied transportation in accordance with a direction from the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness and provides appeal procedures for persons affected by any decision or action taken under that Act. That Act also specifies punishment for contraventions of listed provisions and authorizes the Minister of Transport to conduct inspections and issue compliance orders. Finally, this Part makes consequential amendments to the *Aeronautics Act* and the *Canada Evidence Act*.

[63] A few years later, the *National Security Act, 2017*, which amended an array of legislation relating to national security, including the SATA, was passed; its

du Canada a adopté la *Loi de 2017 sur la sécurité nationale*, L.C. 2019, ch. 13, qui a obtenu la sanction royale le 21 juin 2019. Une fois de plus, cette loi d'ensemble visait à remanier le paysage juridique concernant la sécurité nationale au Canada et elle a donc modifié tout un éventail de lois, dont la LSDA.

[62] L'objectif de la LSDA — protéger les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale et la sécurité des Canadiens relativement aux déplacements aériens — est ce qui ressort de son titre abrégé, « *Loi sur la sûreté des déplacements aériens* », ainsi que de son titre législatif, « *Loi concernant l'amélioration de la sûreté visant les transports et la prévention des déplacements aériens dont l'objet est la perpétration d'actes de terrorisme* ». Par ailleurs, le sommaire de la *Loi antiterroriste de 2015* confirme cet objet en indiquant ce qui suit :

*Loi antiterroriste de 2015*, L.C. 2015, ch. 20

La partie 2 édicte la *Loi sur la sûreté des déplacements aériens* qui constitue un nouveau cadre législatif en vue de l'identification des personnes qui pourraient participer à un acte qui menacerait la sûreté des transports ou qui pourraient se déplacer en aéronef dans le but de commettre une infraction de terrorisme et en vue de l'intervention à leur égard. Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile est autorisé à établir une liste de telles personnes et à enjoindre aux transporteurs aériens de prendre la mesure qu'il précise pour prévenir la commission de tels actes. Cette loi établit aussi les pouvoirs et les interdictions régissant la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements afin d'assister le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile dans son application et son exécution. Elle prévoit un processus de recours administratif pour les personnes inscrites qui ont fait l'objet d'un refus de transport au titre d'une directive du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile ainsi qu'un processus d'appel pour les personnes touchées par une décision ou une mesure prise au titre de cette loi. Celle-ci prévoit en outre les peines pour les infractions aux dispositions énumérées et autorise le ministre des Transports à mener des inspections et à prendre des mesures d'exécution. De plus, elle modifie la *Loi sur l'aéronautique* et la *Loi sur la preuve au Canada* en conséquence.

[63] Quelques années plus tard, la *Loi de 2017 sur la sécurité nationale*, qui modifiait tout un éventail de dispositions législatives concernant la sécurité nationale,

overall purpose being to address concerns expressed by civil society and experts alike regarding a perceived failure of the *Anti-terrorism Act, 2015* to balance national security interests with individual rights and freedoms. This is reflected in its preamble, which stipulates the following:

*National Security Act, 2017*, 2019 S.C., c. 13

#### **Preamble**

Whereas a fundamental responsibility of the Government of Canada is to protect Canada's national security and the safety of Canadians;

Whereas that responsibility must be carried out in accordance with the rule of law and in a manner that safeguards the rights and freedoms of Canadians and that respects the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;

Whereas the Government of Canada is committed to enhancing Canada's national security framework in order to keep Canadians safe while safeguarding their rights and freedoms;

Whereas the Government of Canada, by carrying out its national security and information activities in a manner that respects rights and freedoms, encourages the international community to do the same;

Whereas enhanced accountability and transparency are vital to ensuring public trust and confidence in Government of Canada institutions that carry out national security or intelligence activities;

Whereas those institutions must always be vigilant in order to uphold public safety;

Whereas those institutions must have powers that will enable them to keep pace with evolving threats and must use those powers in a manner that respects the rights and freedoms of Canadians;

Whereas many Canadians expressed concerns about provisions of the *Anti-terrorism Act, 2015*;

And whereas the Government of Canada engaged in comprehensive public consultations to obtain the views of Canadians on how to enhance Canada's national security

dont la LSDA, a été adoptée. Elle avait pour objet général de répondre aux préoccupations exprimées par la société civile et des experts quant au défaut perçu de la *Loi antiterroriste de 2015* de mettre en balance les intérêts relatifs à la sécurité nationale et les droits et libertés individuels. C'est ce qu'il ressort de son préambule :

*Loi de 2017 sur la sécurité nationale*, L.C. 2019, ch. 13

#### **Préambule**

Attendu :

que la protection de la sécurité nationale et de la sécurité des Canadiens est l'une des responsabilités fondamentales du gouvernement du Canada;

que le gouvernement du Canada a l'obligation de s'acquitter de cette responsabilité dans le respect de la primauté du droit et d'une manière qui protège les droits et libertés des Canadiens et qui respecte la *Charte canadienne des droits et libertés*;

que le gouvernement du Canada est résolu à consolider le cadre fédéral de sécurité nationale dans le but d'assurer la sécurité des Canadiens tout en préservant leurs droits et libertés;

que le gouvernement du Canada, du fait qu'il exerce les activités liées à la sécurité nationale et au renseignement d'une manière qui respecte les droits et libertés, encourage la communauté internationale à faire de même;

que la confiance de la population envers les institutions fédérales chargées d'exercer des activités liées à la sécurité nationale ou au renseignement est tributaire du renforcement de la responsabilité et de la transparence dont doivent faire preuve ces institutions;

que ces institutions fédérales doivent constamment faire preuve de vigilance pour assurer la sécurité du public;

que ces institutions fédérales doivent en outre disposer de pouvoirs leur permettant de faire face aux menaces en constante évolution et exercer ces pouvoirs d'une manière qui respecte les droits et libertés des Canadiens;

que nombre de Canadiens ont exprimé des préoccupations au sujet de dispositions de la *Loi antiterroriste de 2015*;

que le gouvernement du Canada a entrepris de vastes consultations publiques afin de recueillir l'avis des Canadiens quant à la façon de consolider le cadre fédéral

framework and committed to introducing legislation to reflect the views and concerns expressed by Canadians;

Now, therefore, Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows:

[64] Read together, the long and the short title of the SATA, the summary of the *Anti-Terrorism Act, 2015* and the preamble of the *National Security Act, 2017*, reveal the object of the SATA and how it fits into the overall legislative architecture of Canada's national security legislative scheme. Indeed, the *Anti-Terrorism Act, 2015* demonstrates that the object of the SATA is to give the Minister the ability to identify and respond to persons that pose a threat to transportation security or may travel by air for the purpose of committing a terrorism offence while ensuring affected persons are provided with both an administrative review and with an appeal mechanism that must protect confidential information. However, the preamble of the *National Security Act, 2017*, allows the reader to situate this objective within Parliament's overarching objective regarding national security: ensuring a careful balance between the rights and freedoms of individuals while protecting Canada's national security and the safety of Canadians.

[65] The legislative object of protecting Canada's national security interests and the safety of Canadians with regard to air travel, in a manner that carefully balances this with the rights and freedoms of individuals, is consistent with the relevant jurisprudential context at the time of the *enactment* of the SATA. Indeed, in the context of certificate proceedings under the IRPA, the Supreme Court of Canada had made it clear in years prior that a careful balance must be achieved between the collective interest in protecting confidential information for national security reasons and the interest in protecting individual rights and freedoms. See *Harkat (2014)*, at paragraphs 40–44 and *Charkaoui I*, at paragraph 1, the latter stating the following:

de sécurité nationale et qu'il s'est engagé à déposer un projet de loi qui tienne compte des préoccupations et des avis exprimés par les Canadiens,

Sa Majesté, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte :

[64] Lus conjointement, les titres intégral et abrégé de la LSDA, le sommaire de la *Loi antiterroriste de 2015* et le préambule de la *Loi de 2017 sur la sécurité nationale*, révèlent l'objet de la LSDA et la manière dont celle-ci s'intègre dans l'architecture législative générale du régime législatif du Canada en matière de sécurité nationale. En fait, selon la *Loi antiterroriste de 2015*, l'objet de la LSDA est de conférer au ministre la possibilité d'identifier les personnes qui présentent une menace pour la sécurité des transports ou qui peuvent se déplacer par voie aérienne dans le but de commettre une infraction de terrorisme, ainsi que de prendre les mesures d'intervention nécessaires, tout en veillant à ce que les personnes visées bénéficient à la fois d'un examen administratif et d'un mécanisme d'appel qui doit protéger les renseignements confidentiels. Cependant, le préambule de la *Loi de 2017 sur la sécurité nationale* permet au lecteur de situer cet objectif au sein de l'objectif prépondérant du Parlement quant à la sécurité nationale : trouver un juste équilibre entre les droits et libertés des individus et la protection de la sécurité du Canada et celle des Canadiens.

[65] L'objectif législatif que constitue la protection des intérêts du Canada en matière de sécurité nationale et de sécurité des Canadiens relativement aux déplacements aériens, et ce, de manière à ce qu'il soit soigneusement en équilibre avec les droits et libertés des individus, concorde avec le contexte jurisprudenciel à l'époque de l'adoption de la LSDA. En fait, dans le contexte des procédures relatives aux certificats qui relevaient de la LIPR, la Cour suprême du Canada avait clairement indiqué dans les années précédentes qu'il était nécessaire de trouver un juste équilibre entre l'intérêt collectif à l'égard de la protection des renseignements confidentiels pour des raisons de sécurité nationale et l'intérêt relatif à la protection des droits et libertés individuels. Voir l'arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 40 à 44, et l'arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 1, qui indique ce qui suit :

One of the most fundamental responsibilities of a government is to ensure the security of its citizens. This may require it to act on information that it cannot disclose and to detain people who threaten national security. Yet in a constitutional democracy, governments must act accountably and in conformity with the Constitution and the rights and liberties it guarantees. These two propositions describe a tension that lies at the heart of modern democratic governance. It is a tension that must be resolved in a way that respects the imperatives both of security and of accountable constitutional governance. [Emphasis added.]

[66] These two decisions were mentioned on numerous occasions by members of the legislature and witnesses before Parliament's two chambers when studying and debating the creation of the SATA in 2015 as well as during the amendment of the SATA between 2017 and 2019. For instance, see *Debates of the Senate*, 41st Parl., 2nd Sess., Vol. 149, No. 142 (14 May 2015), at pages 3388–3389 (Hon. Senator Claudette Tardif) and House of Commons Standing Committee on Public Safety and National Security, [*Evidence*], 42nd Parl., 1st Sess., No. 90 (7 December 2017), at pages 12–13 (Cara Zwibel).

[67] In sum, this general object of balancing national security and the safety of Canadians with individual rights and freedoms is evident when one considers the SATA in its overall legislative context. Accordingly, when interpreting the legislative framework set out in the SATA, this general object must animate one's understanding of a statute's words. See *Rizzo*, at paragraph 21 and *Rafilovich*, at paragraph 97.

## (2) Operation of the SATA

[68] The provisions of the SATA outline the authority of the Minister to list individuals under the SATA, to share information related to this list with domestic and foreign partners, and to direct air carriers to take the necessary measures to prevent persons from engaging or attempting to engage in an act that threatens aviation security or to prevent travel for the purpose of terrorism. The SATA also includes an internal administrative

L'une des responsabilités les plus fondamentales d'un gouvernement est d'assurer la sécurité de ses citoyens. Pour y parvenir, il peut arriver qu'il doive agir sur la foi de renseignements qu'il ne peut divulguer ou détenir des personnes qui constituent une menace pour la sécurité nationale. En revanche, dans une démocratie constitutionnelle, le gouvernement doit agir de manière responsable, en conformité avec la Constitution et les droits et libertés qu'elle garantit. Ces deux propositions illustrent une tension inhérente au système de gouvernance démocratique moderne. Cette tension ne peut être réglée que dans le respect des impératifs à la fois de la sécurité et d'une gouvernance constitutionnelle responsable. [Non souligné dans l'original.]

[66] Ces deux arrêts ont été mentionnés à maintes reprises par divers députés et témoins devant les deux chambres du Parlement lors de l'étude et des débats concernant la création de la LSDA en 2015, ainsi qu'au cours de la modification de cette loi entre 2017 et 2019. Par exemple, voir les *Débats du Sénat*, 41<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., vol. 149, fascicule n<sup>o</sup> 142 (14 mai 2015), aux pages 3388 et 3389 (l'hon. sénatrice Claudette Tardif) et le Comité permanent de la sécurité publique et nationale [de la Chambre des communes, *Témoignages*], 42<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., fascicule n<sup>o</sup> 90 (7 décembre 2017), aux pages 12 et 13 (Cara Zwibel).

[67] En résumé, cet objet général — la mise en équilibre de la sécurité nationale et de la sécurité des Canadiens avec les droits et libertés individuels — est évident si l'on considère la LSDA dans son contexte législatif général. Par conséquent, c'est cet objet général qui doit animer la manière dont on comprend le libellé d'une loi lors de l'interprétation du cadre législatif énoncé dans la LSDA. Voir l'arrêt *Rizzo*, au paragraphe 21, et l'arrêt *Rafilovich*, au paragraphe 97.

## 2) L'application de la LSDA

[68] Les dispositions de la LSDA énoncent le pouvoir qu'a le ministre d'inscrire des personnes sur une liste sous le régime de la LSDA, de partager des renseignements relatifs à cette liste avec des partenaires nationaux et étrangers, et d'ordonner aux transporteurs aériens de prendre les mesures nécessaires pour empêcher des personnes de participer ou de tenter de participer à un acte qui menacerait la sécurité aérienne ou de se déplacer en

recourse mechanism for persons listed under the SATA in order to have their names removed from the list as well as a right of appeal to the Federal Court, the latter to be canvassed in detail in the following section.

[69] The starting point of any statutory analysis of the SATA is section 8. This section provides for the establishing of a list by the Minister (or their delegate) of persons whom they have “reasonable grounds to suspect” will:

*Secure Air Travel Act*, S.C. 2015, c. 20, s. 11

**List**

**8 (1) ...**

(a) engage or attempt to engage in an act that would threaten transportation security; or

(b) travel by air for the purpose of committing an act or omission that

(i) is an offence under section 83.18, 83.19 or 83.2 of the *Criminal Code* or an offence referred to in paragraph (c) of the definition *terrorism offence* in section 2 of that Act, or

(ii) if it were committed in Canada, would constitute an offence referred to in subparagraph (i).

[70] The scope of this power to list persons at subsection 8(1) includes all persons, both inside and outside Canada (subsection 4(1)), and includes acts or omissions committed outside Canada that would contravene the SATA if committed in Canada, which are considered for the purpose of the SATA as acts committed within Canada (section 5). The list includes the first, middle and surname, any known alias, the date of birth, and the gender of listed persons (subsection 8(1)).

[71] This list must be reviewed by the Minister (or their delegate) every 90 days to determine if the grounds on which a person was listed still exist (subsection 8(2))

vue de commettre un acte terroriste. La LSDA inclut également, pour les personnes inscrites sous son régime, un mécanisme de recours administratif interne qui permet de faire radier leurs noms de la liste ainsi que le droit de faire appel auprès de la Cour fédérale, lequel droit est analysé en détail dans la section qui suit.

[69] L'article 8 est le point de départ de n'importe quelle analyse législative de la LSDA. Cette disposition prévoit l'établissement, par le ministre (ou son délégué), d'une liste dans laquelle est inscrite toute personne à l'égard de laquelle il a des motifs raisonnables de soupçonner qu'elle :

*Loi sur la sûreté des déplacements aériens*, L.C. 2015, ch. 20, art. 11

**Liste**

**8 (1) [...]**

a) soit participera ou tentera de participer à un acte qui menacerait la sûreté des transports;

b) soit se déplacera en aéronef dans le but de commettre un fait — acte ou omission — qui :

(i) constitue une infraction visée aux articles 83.18, 83.19 ou 83.2 du *Code criminel* ou à l'alinéa c) de la définition de *infraction de terrorisme* à l'article 2 de cette loi,

(ii) s'il était commis au Canada, constituerait une des infractions mentionnées au sous-alinéa (i).

[70] La portée de ce pouvoir du ministre d'établir une liste de personnes prévu au paragraphe 8(1) englobe toutes les personnes, situées tant au Canada qu'à l'étranger (paragraphe 4(1)), ainsi que les actes ou les omissions commis à l'étranger qui, s'ils étaient commis au Canada, contreviendraient à la LSDA, des actes ou des omissions qui, pour l'application de la LSDA, sont réputés avoir été commis au Canada (article 5). La liste inclut les noms et prénoms, tout nom d'emprunt, la date de naissance et le genre des personnes inscrites (paragraphe 8(1)).

[71] Cette liste doit être examinée par le ministre (ou son délégué) tous les 90 jours afin de déterminer si les motifs pour lesquels une personne a été inscrite existent



and can be amended at any time in order to remove a name or to amend information relating to a listed person (subsection 8(3)). Moreover, this list and its contents are secret as section 20 clearly prohibits the disclosure of the list or its contents, but for in accordance with the exceptions stated in the SATA. In fact, a listed individual only becomes aware that they are on the list when they are denied transportation at an airport (see subsection 8(1) and paragraph 9(1)(a) of the SATA and the affidavit of Lesley Soper, at paragraph 20).

[72] Section 10 of the SATA provides that the Minister may collect information from, and disclose information to, the Minister of Transport, the Minister of Citizenship and Immigration, the Royal Canadian Mounted Police (RCMP), the Canadian Security Intelligence Service (CSIS), the Canada Border Services Agency (CBSA), and any other person or entity designated by regulations. The Minister may also share information obtained, or even the list itself, in whole or in part, with foreign states it holds written agreements with, as well as receive information from these foreign states (sections 11 and 12).

[73] In practice, the members of the Passenger Protect Advisory Group (Advisory Group), chaired by Public Safety Canada, provide information to the Minister's delegate in order to determine who will be placed on the SATA list. The nominating members of the Advisory Group (Transport Canada, the CSIS, the RCMP, and the CBSA) present the full membership of the Advisory Group a recommendation for listing, including a report providing information on an individual, as well as sufficient information to support their addition to the SATA list. The listing of the individual in question is then considered by the Advisory Group, which advises the Minister's delegate (usually a Senior Assistant Deputy Minister) on whether to ultimately list the individual pursuant to subsection 8(1) of the SATA. Review and updates of listings under subsection 8(2) are undertaken according to a similar procedure. See affidavit of Lesley Soper, at paragraphs 9–12.

encore (paragraphe 8(2)) et elle peut être modifiée en tout temps pour enlever un nom ou changer les renseignements visant une personne inscrite (paragraphe 8(3)). Par ailleurs, cette liste et son contenu sont secrets, car l'article 20 interdit expressément leur communication, sauf pour ce qui est des exceptions indiquées dans la LSDA. En fait, une personne inscrite n'apprend que son nom figure sur la liste qu'au moment où on l'empêche dans un aéroport de monter à bord d'un aéronef (voir le paragraphe 8(1) ainsi que l'alinéa 9(1)a) de la LSDA, et l'affidavit de Lesley Soper, au paragraphe 20).

[72] L'article 10 de la LSDA prévoit que le ministre peut recueillir des renseignements auprès des personnes ou des entités qui suivent, ou leur en communiquer : le ministre des Transports, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, la Gendarmerie royale du Canada (GRC), le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS), l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC), de même que toute autre personne ou entité désignée par règlement. Le ministre peut également communiquer des renseignements obtenus, voire la liste elle-même, en tout ou en partie, à des États étrangers avec lesquels il a conclu des ententes écrites, ainsi que recevoir des renseignements de ces derniers (articles 11 et 12).

[73] En pratique, les membres du Groupe consultatif sur la protection des passagers (le Groupe consultatif), que préside Sécurité publique Canada, fournissent des renseignements au délégué du ministre afin de déterminer qui sera inscrit sur la liste de la LSDA. Les membres du Groupe consultatif qui sont chargés de nommer les personnes en question (Transports Canada, le SCRS, la GRC et l'ASFC) présentent à l'ensemble des membres du Groupe consultatif une recommandation d'inscription, ce qui inclut un rapport fournissant des renseignements sur une personne, de même qu'assez de renseignements pour étayer l'ajout de cette personne à la liste de la LSDA. L'inscription de la personne en question est ensuite examinée par le Groupe consultatif, qui fait savoir au délégué du ministre (généralement un sous-ministre adjoint principal) s'il y a lieu d'inscrire en fin de compte la personne, conformément au paragraphe 8(1) de la LSDA. L'examen et les mises à jour des inscriptions, comme le prévoit le paragraphe 8(2), se

[74] Key to the operation of the SATA regime are air carriers themselves. The SATA notably requires that all accredited air carriers or reservation operators working out of Canada, or for flights coming to Canada, comply with the SATA and its regulations before allowing any person to board an aircraft or transporting any person (subsection 6(1)). This includes the requirement to provide information concerning the persons who are on board or expected to be on board an aircraft for any flight (subsection 6(2)).

[75] In practice, the SATA list is disclosed to Transport Canada pursuant to section 10 of the SATA who, in turn, discloses the list to air carriers and operators of aviation reservation systems pursuant to paragraph 13(a) of the SATA. Air carriers are then required, pursuant to subsection 5(1) of the *Secure Air Travel Regulations*, SOR/2015-181 (Regulations), to verify the identity of any persons who appear to be 18 years of age or older by comparing their name with the names of listed persons before issuing a boarding pass. Should the name of an individual match that of a listed person, the air carrier or reservation operator must not allow the person in question to obtain a boarding pass and must compare their name, date of birth, and gender to those of the listed person (subsection 5(2) of the Regulations). If a match is identified, the air carrier or reservation operator has a duty to inform the Minister of Transport of the match, who in turn contacts Public Safety Canada (subsection 5(3) of the Regulations; affidavit of Lesley Soper, at paragraph 16).

[76] Should a positive match arise, subsection 9(1) of the SATA provides the Minister with the power to direct an air carrier to “take a specific, reasonable and necessary action to prevent a listed person from engaging in any act set out in subsection 8(1)” as well as the power to “make directions respecting, in particular, (a) the denial of transportation to a person; or (b) the screening

déroulent d’une manière semblable. Voir l’affidavit de Lesley Soper, aux paragraphes 9 à 12.

[74] Les transporteurs aériens constituent eux-mêmes un élément clé de l’application du régime de la LSDA. La LSDA exige notamment que tous les transporteurs aériens ou exploitants de systèmes de réservation agréés fournissant leurs services à partir du Canada, ou pour des vols arrivant au Canada, se conforment à la LSDA et à ses règlements à l’égard de quiconque se trouve ou se trouvera vraisemblablement à bord d’un aéronef pour tout vol (paragraphe 6(2)).

[75] En pratique, la liste de la LSDA est communiquée à Transports Canada en vertu de l’article 10 de la LSDA et ce ministère, à son tour, communique la liste aux transporteurs aériens ainsi qu’aux exploitants de systèmes de réservation de services aériens en application de l’alinéa 13a) de la LSDA. Ensuite, conformément au paragraphe 5(1) du *Règlement sur la sûreté des déplacements aériens*, DORS/2015-181 (le Règlement), les transporteurs aériens sont tenus de vérifier l’identité de toute personne qui semble être âgée de 18 ans ou plus en comparant son nom avec ceux des personnes inscrites avant de lui remettre une carte d’embarquement. Si le nom d’une personne correspond à celui d’une personne inscrite, le transporteur aérien ou l’exploitant du système de réservation ne peut pas permettre à la personne en question d’obtenir une carte d’embarquement et il est tenu de comparer les nom, date de naissance et sexe figurant sur les pièces d’identité présentées avec ceux de la personne inscrite (paragraphe 5(2) du Règlement). S’il y a correspondance, le transporteur aérien ou l’exploitant de service de réservation est tenu d’en informer le ministre des Transports, qui, à son tour, entre en contact avec Sécurité publique Canada (paragraphe 5(3) du Règlement; affidavit de Lesley Soper, au paragraphe 16).

[76] S’il y a une correspondance positive, le paragraphe 9(1) de la LSDA confère au ministre le pouvoir d’ordonner au transporteur aérien de « prendre la mesure raisonnable et nécessaire qu’il précise en vue d’éviter qu’une personne inscrite commette les actes visés au paragraphe 8(1) » ainsi que celui de « donner des directives relatives, notamment a) au refus de transporter une

of a person before they enter a sterile area of an airport or board an aircraft.” Should a denial of transportation under paragraph 9(1)(a) be directed, the listed person is provided with written notice to this effect. As seen earlier, this is the first time a person becomes aware that their name is included on the SATA list as, barring denial, a listed person is not advised that their name is on the SATA list.

[77] Subsection 15(1) of the SATA provides an individual who has been denied transportation pursuant to section 9 of the SATA an administrative recourse to have their name removed from the SATA list. The individual in question can apply in writing to the Minister within 60 days after the day on which they were denied transportation, although an extension may be granted pursuant to subsection 15(2). On receipt of the application, the Minister must decide whether there “are still reasonable grounds to maintain the applicant’s name on the list” pursuant to subsection 15(4).

[78] In considering a listed person’s application for administrative recourse, the nominating member of the Advisory Group will provide information to help the Minister determine whether reasonable grounds exist to maintain the person’s name on the SATA list. The Minister will also provide the listed person with a “reasonable opportunity to make representations”, which the Minister will consider in their decision (subsection 15(3)). However, section 15 of the SATA imposes no explicit obligation on the Minister to disclose any information to a listed person in order to assist them in making representations. That being said, each appellant in these appeals was provided with a two-page “unclassified summary” of the information that was placed before the Minister along with a statement that the Minister would also consider “classified information” in his decision. (Affidavit of Lesley Soper, Document ii of Exhibit B.)

[79] Finally, once the Minister makes a decision on the listed individual’s application for administrative recourse pursuant to subsection 15(4), the Minister must

personne; b) au contrôle dont une personne fait l’objet avant d’entrer dans une zone stérile de l’aéroport ou de monter à bord d’un aéronef ». S’il est refusé de transporter une personne en application de l’alinéa 9(1)a), la personne inscrite reçoit un avis écrit à cet effet. Comme nous l’avons vu plus tôt, il s’agit de la première fois où la personne apprend que son nom est inscrit sur la liste de la LSDA, car, en l’absence d’un refus, une personne inscrite n’est pas informée que son nom figure sur cette liste.

[77] Le paragraphe 15(1) de la LSDA prévoit qu’une personne ayant fait l’objet d’un refus de transport en application de l’article 9 de la LSDA dispose d’un recours administratif permettant de faire radier son nom de la liste. Cette personne peut en faire la demande par écrit au ministre, dans les 60 jours suivant le refus, mais une prolongation peut être accordée en vertu du paragraphe 15(2). Le ministre, lorsqu’il reçoit la demande, doit décider s’il « existe encore des motifs raisonnables qui justifient l’inscription du nom du demandeur sur la liste » conformément au paragraphe 15(4).

[78] Pour examiner la demande de recours administratif d’une personne inscrite, le membre du Groupe consultatif qui l’a nommée fournit des renseignements en vue d’aider le ministre à décider s’il existe des motifs raisonnables pour maintenir le nom de la personne sur la liste de la LSDA. Le ministre donne aussi à la personne inscrite la « possibilité de faire des observations » dont il tiendra compte au moment de rendre sa décision (paragraphe 15(3)). Cependant, l’article 15 de la LSDA ne l’oblige pas explicitement à communiquer des renseignements à une personne inscrite afin de l’aider à formuler des observations. Cela dit, dans le cadre des présents appels, chaque appellant a reçu un [TRADUCTION] « résumé non confidentiel », de deux pages, des renseignements qui ont été présentés au ministre de même qu’une déclaration portant que ce dernier tiendrait compte aussi de [TRADUCTION] « renseignements confidentiels » pour parvenir à sa décision. (Affidavit de Lesley Soper, document ii de la pièce B.)

[79] Enfin, une fois que le ministre rend sa décision sur la demande de recours administratif d’une personne inscrite en application du paragraphe 15(4), il est tenu

give notice to the listed individual without delay (subsection 15(5)). However, pursuant to subsection 15(6), if the Minister does not make a decision within a period of 120 days after the day that the application is received, the Minister is deemed to have decided to remove the individual's name from the list. The Minister may nevertheless extend this period by an additional 120 days, upon notice, if there is a lack of sufficient information available to make a decision.

### (3) Appeal Provisions of the SATA

[80] Beyond the internal decision-making process and administrative recourse provisions in the SATA, the legislative scheme provides for an external appeal to the Chief Justice of the Federal Court, or a judge designated by the Chief Justice, pursuant to the appeal procedures set out in section 16 of the SATA. In particular, the SATA provides that a person listed pursuant to section 8, who has been denied transportation as a result of a direction made pursuant to section 9, may appeal a decision made under section 15 within 60 days of the notice of decision (see subsections 16(1) and 16(2)). Pursuant to paragraph 63(1)(e) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, the originating document to begin this process is a notice of appeal. In the present appeals, the parties submitted notices of appeal in accordance with the *Federal Court Rules*.

[81] Subsection 16(4) tasks the designated judge with determining “whether the decision [of the Minister pursuant to section 15] is reasonable on the basis of the information available to the judge” and that this determination must be done “without delay.” Should the decision be deemed unreasonable, subsection 16(5) allows the judge to order that an appellant's name be removed from the list. These subsections are key in defining the nature of the appeal under the SATA as they: set the standard applicable for the designated judge's review, do not limit the evidence before the judge to the evidence that was before the Minister, and allocate powers to the judge to directly make a decision concerning the removal of an individual from the SATA list.

d'en donner avis sans délai à la personne inscrite (paragraphe 15(5)). Cependant, d'après le paragraphe 15(6), si le ministre ne rend pas sa décision dans les 120 jours suivant la réception de la demande, il est réputé avoir décidé de radier de la liste le nom de la personne. Il peut néanmoins prolonger cette période d'un délai supplémentaire de 120 jours, moyennant un avis, s'il ne dispose pas d'assez de renseignements pour rendre une décision.

### 3) Les dispositions en matière d'appel de la LSDA

[80] Outre le processus décisionnel interne et le recours administratif de la LSDA, le régime législatif prévoit qu'il est possible d'interjeter un appel externe auprès du juge en chef de la Cour fédérale, ou d'un juge désigné par ce dernier, conformément aux procédures d'appel décrites à l'article 16 de la LSDA. Plus précisément, cette loi prévoit qu'une personne inscrite en vertu de l'article 8, qui a fait l'objet d'un refus de transport à la suite d'une directive donnée en application de l'article 9, peut présenter une demande d'appel de la décision visée à l'article 15, et ce, dans les 60 jours suivant la date de l'avis de cette décision (voir les paragraphes 16(1) et 16(2)). Aux termes de l'alinéa 63(1)e) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, l'acte introductif d'instance est un avis d'appel. Dans le cas des présents appels, les parties ont déposé des avis d'appel conformément aux *Règles des Cours fédérales*.

[81] Le paragraphe 16(4) confie au juge désigné la tâche de déterminer « si la décision [du ministre prise en vertu de l'article 15] est raisonnable compte tenu de l'information dont il dispose », et cette détermination doit avoir lieu « [d]ès qu'il est saisi de la demande ». Si le juge conclut que la décision est déraisonnable, le paragraphe 16(5) lui permet d'ordonner que le nom de l'appellant soit radié de la liste. Ces dispositions sont importantes pour définir la nature de l'appel interjeté sous le régime de la LSDA, car elles fixent la norme qui s'applique à l'examen qu'effectue le juge désigné, elles ne limitent pas les éléments de preuve soumis au juge à ceux qui ont été présentés au ministre, et elles confèrent au juge le pouvoir de rendre directement une décision au sujet de la radiation du nom d'une personne de la liste de la LSDA.

[82] To frame the appeal, subsection 16(6) of the SATA sets out numerous procedural provisions:

*Secure Air Travel Act*, S.C. 2015, c. 20, s. 11

**16 (1) ...**

**Procedure**

(6) The following provisions apply to appeals under this section:

(a) at any time during a proceeding, the judge must, on the request of the Minister, hear information or other evidence in the absence of the public and of the appellant and their counsel if, in the judge's opinion, its disclosure could be injurious to national security or endanger the safety of any person;

(b) the judge must ensure the confidentiality of information and other evidence provided by the Minister if, in the judge's opinion, its disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person;

(c) throughout the proceeding, the judge must ensure that the appellant is provided with a summary of information and other evidence that enables them to be reasonably informed of the Minister's case but that does not include anything that, in the judge's opinion, would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed;

(d) the judge must provide the appellant and the Minister with an opportunity to be heard;

(e) the judge may receive into evidence anything that, in the judge's opinion, is reliable and appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base a decision on that evidence;

(f) the judge may base a decision on information or other evidence even if a summary of that information or other evidence has not been provided to the appellant;

(g) if the judge determines that information or other evidence provided by the Minister is not relevant or if the Minister withdraws the information or evidence, the judge must not base a decision on that information or other evidence and must return it to the Minister; and

[82] Pour structurer l'appel, le paragraphe 16(6) de la LSDA contient de nombreuses dispositions de nature procédurale :

*Loi sur la sûreté des déplacements aériens*, L.C. 2015, ch. 20, art. 11

**16 (1) [...]**

**Procédure**

(6) Les règles ci-après s'appliquent aux appels visés au présent article :

a) à tout moment pendant l'instance et à la demande du ministre, le juge doit tenir une audience à huis clos et en l'absence de l'appellant et de son conseil dans le cas où la communication des renseignements ou autres éléments de preuve en cause pourrait porter atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

b) il lui incombe de garantir la confidentialité des renseignements et autres éléments de preuve que lui fournit le ministre et dont la communication porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

c) il veille tout au long de l'instance à ce que soit fourni à l'appellant un résumé de la preuve qui ne comporte aucun élément dont la communication porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui et qui permet à l'appellant d'être suffisamment informé de la thèse du ministre à l'égard de l'instance en cause;

d) il donne à l'appellant et au ministre la possibilité d'être entendus;

e) il peut recevoir et admettre en preuve tout élément — même inadmissible en justice — qu'il estime digne de foi et utile et peut fonder sa décision sur celui-ci;

f) il peut fonder sa décision sur des renseignements et autres éléments de preuve même si un résumé de ces derniers n'est pas fourni à l'appellant;

g) s'il décide que les renseignements et autres éléments de preuve que lui fournit le ministre ne sont pas pertinents ou si le ministre les retire, il ne peut fonder sa décision sur ces renseignements ou ces éléments de preuve et il est tenu de les remettre au ministre;

(h) the judge must ensure the confidentiality of all information or other evidence that the Minister withdraws.

[83] Finally, section 17 of the SATA confirms that section 16 of the SATA applies to any further appeal of the decision, with necessary modifications.

[84] Overall, an analysis of the SATA in its entirety demonstrates that the provisions, regulations and practices relating to the listing of individuals, the prohibitions regarding disclosure of information, the strategic sharing of information with select partners, and the issuing and application of directions to deny transportation or to screen individuals, are key measures in furthering the SATA's objective of protecting Canada's national security interests and the safety of Canadians in relation to air travel. However, a plain reading of these provisions, along with the operational practices in place, demonstrates that the listed individual is not involved in the procedure set out in the SATA until such time they are denied transportation, if ever.

[85] Therefore, a holistic reading of the SATA suggests that this legislative scheme relies on the administrative recourse provisions at section 15 and the appeal provisions at section 16 to balance the SATA's object of protecting national security interests with its object of ensuring the protection of individual rights and freedoms. As the administrative recourse provisions at section 15 offer no explicit guarantee of disclosure, and a limited opportunity to make "written submissions", a heavy burden is therefore placed on the appeal mechanism in section 16 of the SATA to ensure the balance sought by the SATA.

[86] More specifically, given the broad discretion afforded to the designated judge in section 16 of the SATA, this substantial burden falls upon the designated judge who, as seen above, is given the heavy responsibility, among others, of ensuring the confidentiality of

h) il lui incombe de garantir la confidentialité des renseignements et autres éléments de preuve que le ministre retire de l'instance.

[83] Enfin, l'article 17 de la LSDA confirme que l'article 16 s'applique, avec les adaptations nécessaires, à tout appel subséquent de la décision.

[84] Globalement, il ressort de l'analyse de la LSDA dans son ensemble que les dispositions, les règlements et les pratiques qui se rapportent à l'inscription de personnes, aux interdictions relatives à la communication de renseignements, à l'échange stratégique de renseignements avec des partenaires particuliers, de même qu'à la délivrance et à l'application de directives concernant le refus de transporter ou de contrôler des personnes, sont des mesures cruciales qui contribuent à atteindre l'objectif de la LSDA, soit la protection des intérêts du Canada en matière de sécurité nationale et de sécurité des Canadiens relativement aux déplacements aériens. Cependant, il ressort d'une simple lecture de ces dispositions et des pratiques opérationnelles établies que la personne inscrite ne participe à la procédure énoncée dans la LSDA qu'après avoir fait l'objet d'un refus de transport, le cas échéant.

[85] Ainsi, une lecture holistique de la LSDA indique que ce régime législatif repose sur les dispositions en matière de recours administratif qui figurent à l'article 15 ainsi que sur les dispositions en matière d'appel qui figurent à l'article 16 pour mettre en balance l'objectif de la LSDA, soit la protection des intérêts en matière de sécurité nationale, avec son objet, qui consiste à assurer la protection des droits et libertés individuels. Étant donné que les dispositions en matière de recours administratif de l'article 15 n'offrent aucune garantie explicite de communication et ne donnent qu'une possibilité restreinte de présenter des « observations écrites », le mécanisme d'appel visé à l'article 16 de la LSDA a le lourd fardeau d'assurer l'équilibre que la LSDA vise à atteindre.

[86] Plus précisément, compte tenu du vaste pouvoir discrétionnaire que l'article 16 de la LSDA confère au juge désigné, ce lourd fardeau incombe à ce dernier qui, comme nous l'avons vu plus tôt, assume la lourde responsabilité de, notamment, garantir la confidentialité de tous

all sensitive information (paragraph 16(6)(b)) while also ensuring that the appellant is provided with summaries so that they may be reasonably informed of the Minister's case and with an opportunity to be heard (paragraphs 16(6)(c) and 16(6)(d)). This is a demanding task that requires a refined approach, particularly considering that this is the first opportunity throughout the entire SATA process for the appellant to "be heard". It is a sensitive balancing act where the designated judge must balance the protection of national security with the right to know and meet the case.

[87] What is more, the designated judge may also receive into evidence anything that is reliable and appropriate while also having the power to base their decision on information or other evidence, even if a summary of that information or other evidence has not been provided to the appellant (paragraphs 16(6)(e) and 16(6)(f)). Given the potential for instances where the designated judge will be obliged to rely on information or evidence that cannot be disclosed to the appellant, even in summary form, and therefore cannot be challenged by the appellant, an onerous burden is placed on a designated judge to ensure that they are able to ground their decision on the facts and the law in an independent and impartial manner.

[88] In order to knowledgeably answer the preliminary questions in these first appeals under the SATA, an in-depth understanding of the role of the designated judge is required; an analysis of this role shall be undertaken below, with particular emphasis on the past two decades of jurisprudence regarding designated judges and the statutory provisions of the SATA.

#### B. *ROLE OF THE DESIGNATED JUDGE*

[89] It is the position of the respondent that the role of the designated judge is fluid in these appeals: at times robust and interventionist during the disclosure phase, at other times akin to the role of a judge in a conventional judicial review during the merits phase. It is their submission that section 16 of the SATA provides for a

les renseignements confidentiels (alinéa 16(6)(b)) tout en veillant à ce que l'on fournisse à l'appellant des résumés qui lui permettent d'être suffisamment informé de la thèse du ministre ainsi qu'une possibilité d'être entendu (alinéas 16(6)(c) et 16(6)(d)). Cette tâche exigeante exige une approche subtile, d'autant plus qu'il s'agit de la première possibilité, dans tout le processus de la LSDA, qu'a l'appellant d'être « entendu ». Il s'agit d'un délicat exercice de mise en balance dans le cadre duquel le juge désigné doit mettre en équilibre, d'une part, la protection de la sécurité nationale et, d'autre part, le droit de connaître la preuve qui pèse contre l'appellant et celui d'y répondre.

[87] Qui plus est, le juge désigné peut également recevoir et admettre en preuve tout élément digne de foi et utile, tout en ayant aussi le pouvoir de fonder sa décision sur des renseignements ou d'autres éléments de preuve, même si un résumé de ces renseignements ou ces autres éléments de preuve n'a pas été fourni à l'appellant (alinéas 16(6)(e) et 16(6)(f)). Vu le nombre possible de situations dans lesquelles le juge désigné sera obligé de se fonder sur des renseignements ou des éléments de preuve qui ne peuvent pas être communiqués à l'appellant, même sous forme résumée, et que ce dernier ne peut donc pas contester, le juge désigné a le lourd fardeau de s'assurer qu'il est capable de fonder sa décision sur les faits et le droit d'une manière indépendante et impartiale.

[88] Pour pouvoir répondre en toute connaissance de cause aux questions préliminaires que soulèvent les présents appels, les premiers qui sont interjetés sous le régime de la LSDA, il est nécessaire de bien comprendre le rôle que joue le juge désigné; ce rôle est analysé ci-après, et l'accent sera particulièrement mis sur les 20 dernières années de jurisprudence concernant les juges désignés et les dispositions législatives de la LSDA.

#### B. *LE RÔLE DU JUGE DÉSIGNÉ*

[89] L'intimé estime que, dans les présents appels, le juge désigné joue un rôle fluide : parfois vigoureux et interventionniste à l'étape de la divulgation, parfois semblable au rôle que joue un juge dans le cadre d'un contrôle judiciaire classique, à l'étape du fond. Il est d'avis que l'article 16 de la LSDA prévoit une procédure

two-stage procedure, being: the disclosure phase and the merits phase. As the following reasons will demonstrate, I cannot agree with this position.

[90] As outlined above, the SATA is heavily reliant on the appeal mechanism in order to achieve its object of balancing Canada's collective national security interests with individual rights and freedoms. A simple reading of the appeal provisions at section 16 of the SATA make it clear that the designated judge is a central figure in ensuring this overall balance given the broad discretion afforded to them.

[91] Accordingly, this section will first analyze (1) the jurisprudence concerning the role of designated judges in national security and then proceed to analyze (2) the role attributed to the designated judge throughout section 16 of the SATA, interpreted with the help of the above-mentioned analysis of the SATA and relevant jurisprudence. From there, this Court will (3) compare the role assigned to the designated judge in the provisions of the SATA with the role assigned to the designated judge in the provisions of the IRPA.

[92] To summarize the findings below, this analysis leads me to conclude that the role of the designated judge in appeals under the SATA is that of a "gatekeeper" vested in not only ensuring the reasonableness of the Minister's decision but also a fair process that respects the fundamental rights and freedoms of the appellant while simultaneously securing the confidentiality of certain information in the interest of national security. Although the IRPA has a different purpose and some distinct attributes, it can be said that the designated judge is generally assigned a similar role in the SATA.

(1) Overview of Jurisprudence Regarding the Role of the Designated Judge

[93] Again, the respondent takes the position that the IRPA certificate procedure does not compare to the SATA appeal, although the respondent does recognize that the designated judge is to assume a robust and

en deux étapes : celle de la divulgation et celle du fond. Comme il ressort des motifs qui suivent, je ne puis souscrire à cette prétention.

[90] Ainsi qu'il a été indiqué plus tôt, la LSDA dépend dans une large mesure du mécanisme d'appel pour pouvoir atteindre son objectif de mettre en balance les intérêts collectifs du Canada en matière de sécurité nationale et les droits et libertés individuels. Une simple lecture des dispositions en matière d'appel qui sont énoncées à l'article 16 de la LSDA fait clairement ressortir que le juge désigné occupe une place centrale dans cet exercice de mise en balance général, vu le vaste pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré.

[91] En conséquence, la Cour analysera tout d'abord dans la présente section 1) la jurisprudence concernant le rôle des juges désignés en matière de sécurité nationale, et entreprendra ensuite d'analyser 2) le rôle attribué au juge désigné dans l'ensemble de l'article 16 de la LSDA, en l'interprétant avec l'aide de l'analyse susmentionnée de la LSDA et de la jurisprudence pertinente. Ensuite, la Cour 3) comparera le rôle attribué au juge désigné dans les dispositions de la LSDA avec celui qui est attribué au juge désigné dans les dispositions de la LIPR.

[92] Pour résumer les conclusions qui suivent, cette analyse m'amène à conclure que le rôle du juge désigné dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA est celui d'un « gardien » chargé non seulement de veiller au caractère raisonnable de la décision du ministre, mais aussi à la présence d'un processus équitable qui respecte les droits et libertés fondamentaux de l'appelant, tout en préservant la confidentialité de certains renseignements dans l'intérêt de la sécurité nationale. Bien que la LIPR ait un objet différent et comporte quelques caractéristiques distinctes, on peut dire que le juge désigné se voit généralement attribuer un rôle semblable dans la LSDA.

1) Survol de la jurisprudence relative au rôle du juge désigné

[93] Une fois de plus, l'intimé fait valoir que la procédure des certificats que prévoit la LIPR ne se compare pas à l'appel que l'on interjette sous le régime de la LSDA, mais il reconnaît que le juge désigné est



interventionist role during the disclosure phase. Let us see what the jurisprudence says about the role of designated judges when dealing with national security matters.

[94] In national security matters, the overarching role of the designated judge is to be the arbiter of the “clash of the titans” between the collective interest in national security and the rights and freedoms of individuals. As these two pillars of our constitutional democracy collide in the context of national security, immense pressure is put on the core principles of our justice system such as the open court principle and the right to procedural fairness. The designated judge’s overall judicial duty is to reconcile this tension created as much as possible to ensure procedural fairness and the proper administration of justice while still protecting the exceptional collective interest in the secrecy of information and evidence in this context. To meet this task, they must begin by assuming the role of a “gatekeeper”. See *Harkat (2014)*, at paragraph 46.

[95] The role of the designated judge, as we know it today, was discussed at length by the Supreme Court of Canada in *Charkaoui I* and *Harkat (2014)* in the context of the issuance and review of certificates of inadmissibility for permanent residents or foreign nationals deemed to be a threat to national security pursuant to the IRPA. In the IRPA, there are provisions that permit public hearings and *ex parte* and *in camera* hearings (see paragraph 83(1)(c) of the IRPA). Similarly, the SATA provides for the same types of hearings (see paragraph 16(6)(a) of the SATA). Therefore, both the interested person in the IRPA as well as the appellant in the SATA are not present during these *ex parte* and *in camera* hearings, contrary to the fundamental value that a party be present all through the proceedings. This similarity between both proceedings is at the heart of the designated judge’s role. In these decisions penned by former Chief Justice McLachlin, the core principles of the designated judge’s role were clearly set out and have regularly been applied by courts since.

effectivement tenu de jouer un rôle vigoureux et interventionniste à l’étape de la divulgation. Voyons ce que dit la jurisprudence à propos du rôle que jouent les juges désignés lorsqu’ils sont saisis de questions relatives à la sécurité nationale.

[94] En matière de sécurité nationale, le rôle fondamental que joue le juge désigné consiste à arbitrer le « choc des titans » entre l’intérêt collectif à l’égard de la sécurité nationale et les droits et libertés des individus. Comme ces deux piliers de notre démocratie constitutionnelle viennent se heurter dans le contexte de la sécurité nationale, une intense pression est exercée sur les principes fondamentaux de notre système de justice comme le principe de la transparence des procédures judiciaires et le droit à l’équité procédurale. L’obligation judiciaire générale du juge désigné consiste à concilier pour le mieux cette tension pour assurer l’équité procédurale et la bonne administration de la justice, tout en continuant de protéger l’intérêt exceptionnel de la collectivité à l’égard du caractère secret des renseignements et des éléments de preuve dans ce contexte. Pour s’acquitter de cette tâche, le juge doit commencer par jouer le rôle d’un « gardien ». Voir l’arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 46.

[95] Le rôle du juge désigné, tel que nous le connaissons aujourd’hui, a été analysé en détail par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Charkaoui I* et *Harkat (2014)* dans le contexte de la délivrance et du contrôle de certificats d’interdiction de territoire destinés à des résidents permanents ou des étrangers considérés comme une menace pour la sécurité nationale sous le régime de la LIPR. Dans cette loi, il y a des dispositions qui permettent de tenir des audiences publiques ainsi que des audiences *ex parte* et à huis clos (voir l’alinéa 83(1)c) de la LIPR). La LSDA prévoit elle aussi les mêmes genres d’audiences (voir l’alinéa 16(6)a) de la LSDA). C’est donc dire que l’intéressé, dans le cas de la LIPR, et l’appelant, dans le cas de la LSDA, ne sont pas présents lors de ces audiences *ex parte* et à huis clos, contrairement à la valeur fondamentale selon laquelle une partie doit être présente tout au long de l’instance. Cette similitude entre les deux instances touche le cœur même du rôle que joue le juge désigné. Dans ces arrêts rédigés par l’ancienne juge en chef McLachlin, les

[96] In *Charkaoui I*, the Supreme Court of Canada stated that designated judges must exercise their powers in a way that upholds the components of a fair judicial process. This notably requires a judge to be, as well as appear to be, independent and impartial (at paragraphs 32–47) and to base their decision on the facts and the law (at paragraphs 48–52). However, to do so, the Supreme Court of Canada has stated that the excluded party’s right to know the case against them and to be given the opportunity to answer that case must be upheld, or a substantial substitute to this right must be afforded (at paragraphs 53–64). What this entails is responsive to the circumstances (at paragraph 63). Consequently, designated judges must, to the best of their ability, exercise their powers in a way that ensures these components of a fair judicial process are upheld in the context of national security matters. Of course, given the exceptional context of designated proceedings relating to national security, this requires designated judges to take on a unique role.

[97] Indeed, in *Charkaoui I*, the Supreme Court of Canada held that the designated judge is “the only person capable of providing the essential judicial component of the process” (at paragraph 34) and must assume an “active role” (at paragraph 39); the designated judge must not be a “rubber stamp” (at paragraph 41) but must instead be “non-deferential” (at paragraph 42). The Supreme Court of Canada noted that this role is key to ensuring that a judge does not appear to be overly deferential to the government’s position and thus not appear to be independent and impartial (paragraphs 39–42). It also found that this active interventionist role, and the heightened ability to skeptically scrutinize and vet evidence it entails, is, in part, key in ensuring that the designated judge is able to make a decision based on the facts and the law (at paragraphs 48–52).

principes de base du rôle du juge désigné sont clairement énoncés et, depuis ce temps, les tribunaux les appliquent de manière régulière.

[96] Dans l’arrêt *Charkaoui I*, la Cour suprême du Canada a déclaré que les juges désignés doivent exercer leurs pouvoirs d’une manière qui préserve les éléments d’un processus judiciaire équitable. Cela oblige notamment les juges à être, tant en réalité qu’en apparence, indépendants et impartiaux (aux paragraphes 32 à 47) et à fonder leur décision sur les faits et le droit (aux paragraphes 48 à 52). La Cour suprême du Canada a toutefois déclaré que, pour ce faire, il faut préserver le droit de la partie exclue de connaître la preuve qui pèse contre elle et lui donner la possibilité d’y répondre, ou lui accorder une solution de rechange qui vise à remplacer pour l’essentiel ce droit (aux paragraphes 53 à 64). Ce que cela implique est fonction des circonstances (au paragraphe 63). En conséquence, les juges désignés doivent, du mieux qu’ils peuvent, exercer leurs pouvoirs d’une manière qui garantit que l’on préserve ces éléments d’un processus judiciaire équitable dans le contexte de la sécurité nationale. Bien sûr, compte tenu du contexte exceptionnel des instances désignées qui se rapportent à la sécurité nationale, cela oblige les juges désignés à jouer un rôle unique.

[97] En fait, dans l’arrêt *Charkaoui I*, la Cour suprême du Canada a estimé que le juge désigné est « la seule personne capable de conférer au processus son caractère judiciaire essentiel » (au paragraphe 34) et qu’il doit jouer un « rôle actif » (au paragraphe 39); le juge désigné ne doit pas « entériner machinalement » la décision (au paragraphe 41), mais plutôt jouer un rôle qui « ne l’oblige pas à faire preuve de retenue » (au paragraphe 42). La Cour suprême du Canada a fait remarquer que ce rôle est crucial si l’on veut s’assurer que le juge ne semble pas faire preuve d’une retenue excessive à l’égard de la position du gouvernement et ne donne pas l’impression, de ce fait, d’être indépendant et impartial (aux paragraphes 39 à 42). Elle a également conclu que ce rôle interventionniste actif, de même que la capacité accrue de passer concrètement les éléments de preuve au crible que ce rôle implique, est, en partie, crucial pour garantir que le juge désigné est capable de rendre une décision qui repose sur les faits et le droit applicables (aux paragraphes 48 à 52).

[98] The core principles of this role were neatly reiterated and clarified seven years later by former Chief Justice McLachlin on behalf of the entire Court on this point in *Harkat (2014)*, at paragraph 46:

First, the designated judge is intended to play a gatekeeper role. The judge is vested with broad discretion and must ensure not only that the record supports the reasonableness of the ministers' finding of inadmissibility, but also that the overall process is fair: "... in a special advocate system, an unusual burden will continue to fall on judges to respond to the absence of the named person by pressing the government side more vigorously than might otherwise be the case" (C. Forcese and L. Waldman, "Seeking Justice in an Unfair Process: Lessons from Canada, the United Kingdom, and New Zealand on the Use of 'Special Advocates' in National Security Proceedings" (2007) (online), at p. 60). Indeed, the *IRPA* scheme expressly requires the judge to take into account "considerations of fairness and natural justice" when conducting the proceedings: s. 83(1)(a), *IRPA*. The designated judge must take an interventionist approach, while stopping short of assuming an inquisitorial role.

[99] Reading this paragraph, we can conclude that even though a special advocate protects the interests of the concerned individual, the role of the designated judge does not change. Also of note is the final sentence of the foregoing paragraph where the limit of this "interventionist" role is firmly established as being one that is robust, while not going as far as to assume the functions of an "inquisitorial" judge. To better understand this limit, it is helpful to refer to the Supreme Court of Canada's comments in *Charkaoui I*, at paragraph 50, which briefly compare and contrast the inquisitorial system with the adversarial system:

There are two types of judicial systems, and they ensure that the full case is placed before the judge in two different ways. In inquisitorial systems, as in Continental Europe, the judge takes charge of the gathering of evidence in an independent and impartial way. By contrast, an adversarial system, which is the norm in Canada, relies on the parties — who are entitled to disclosure of the case to meet, and to full participation in open proceedings — to produce the relevant evidence.

[98] Les principes fondamentaux de ce rôle ont été clairement réitérés et clarifiés sept ans plus tard par l'ancienne juge en chef McLachlin, qui s'est exprimée au nom de la Cour tout entière sur ce point, dans l'arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 46 :

Premièrement, le juge désigné est censé jouer le rôle de gardien. Il est investi d'un large pouvoir discrétionnaire et doit s'assurer non seulement que le dossier était le caractère raisonnable de la conclusion d'interdiction de territoire tirée par les ministres, mais aussi que l'ensemble du processus est équitable : [TRADUCTION] « ... dans un système d'avocats spéciaux, le juge se verra encore imposer le fardeau inhabituel de réagir à l'absence de la personne visée en talonnant la partie gouvernementale avec plus de vigueur qu'il ne le ferait en présence de cette personne » (C. Forcese et L. Waldman, « Seeking Justice in an Unfair Process : Lessons from Canada, the United Kingdom, and New Zealand on the Use of "Special Advocates" in National Security Proceedings » (2007) (en ligne), p. 60). D'ailleurs, le régime établi par la *LIPR* exige expressément du juge qu'il tienne compte des « considérations d'équité et de justice naturelle » dans l'instruction de l'instance : al. 83(1)a) *LIPR*. Le juge désigné doit adopter une approche interventionniste, sans pour autant jouer un rôle inquisitoire.

[99] À la lecture de ce paragraphe, nous pouvons conclure que même si un avocat spécial protège les intérêts de l'intéressé, le rôle du juge désigné ne change pas. Il convient également de signaler la dernière phrase du paragraphe qui précède, qui indique que le rôle « interventionniste » joué par le juge peut bel et bien être qualifié de vigoureux, mais le juge ne doit toutefois pas aller jusqu'à s'arroger les fonctions d'un juge « inquisitoire ». Pour mieux saisir cette limite, il est utile de se reporter aux commentaires qu'a faits la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 50, où elle compare et met en contraste brièvement le système inquisitoire et le système contradictoire :

Il existe deux types de systèmes de justice, qui garantissent de deux manières différentes que le juge dispose d'une preuve complète. Dans un système de type inquisitoire, comme on en retrouve notamment sur le continent européen, le juge dirige la collecte des éléments de preuve de façon impartiale et indépendante. Par contraste, un système contradictoire, qui constitue la norme au Canada, compte sur les parties — qui ont le droit de connaître les allégations formulées contre elles et de participer

[100] As mentioned earlier, although the Supreme Court of Canada’s comments on the role of the designated judge in *Charkaoui I* and *Harkat (2014)* were made in the context of security certificate proceedings under the IRPA, in instances where legislative schemes require *ex parte* and *in camera* hearings for national security reasons (like the IRPA and the SATA), this Court has found in the past that this active and robust role extends to these national security proceedings as well. This is canvassed in *X (Re)*, 2017 FC 136, [2017] 4 F.C.R. 391 (*X (Re) (2017)*), at paragraphs 31–32 in the context of privilege claims pursuant to section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23:

The designated judge plays an expanded gatekeeper role in national security matters because he or she bears wider responsibilities, due to the confidential and closed nature of the proceedings. Both the jurisprudence and the legislation establish the responsibilities of the designated judge, notably the Supreme Court’s *Harkat* decision in 2014 and the IRPA. The Supreme Court provided a useful synopsis of these responsibilities at paragraph 46 of *Harkat 2014*:

[Quotation omitted.]

Given that the designated judge’s duties, as elaborated above, stem from an overriding responsibility to ensure fairness and the proper administration of justice, such duties are not limited to security certificate proceedings. The distinction between the responsibilities of the designated judge, *amici curiae*, and special advocates extends beyond certificate proceedings and applies to all relevant situations in the field of national security where confidential information and CSIS human source issues can arise.

[101] This special role in national security matters applies in all similar instances, unless, of course, the legislation at issue expressly assigns a different role than

pleinement à une procédure publique — pour qu’elles produisent les éléments de preuve pertinents.

[100] Comme il a été mentionné plus tôt, même si les commentaires que fait la Cour suprême du Canada sur le rôle du juge désigné dans les arrêts *Charkaoui I* et *Harkat (2014)* ont été formulés dans le contexte d’instances relatives à des certificats de sécurité sous le régime de la LIPR, dans des cas où les régimes législatifs exigent la tenue d’audiences *ex parte* et à huis clos pour des raisons de sécurité nationale (comme la LIPR et la LSDA), notre Cour a conclu dans le passé que ce rôle actif et vigoureux s’étend également à ces instances relatives à la sécurité nationale. Cette question est analysée dans la décision *X (Re)*, 2017 CF 136, [2017] 4 R.C.F. 391 (décision *X (Re) (2017)*), aux paragraphes 31 et 32 dans le contexte des revendications de privilège dont il est question à l’article 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 :

En ce qui a trait aux questions touchant la sécurité nationale, le juge joue un rôle élargi de gardien parce que le caractère confidentiel et fermé des instances accroît l’importance de ses responsabilités. Tant la jurisprudence que la législation établissent les responsabilités du juge désigné, notamment l’arrêt *Harkat 2014* et la LIPR. Dans *Harkat 2014*, au paragraphe 46, la Cour suprême en offre un résumé utile :

[Citation omise.]

Comme il en est en question ci-dessus, puisqu’elles découlent de la responsabilité prépondérante qui consiste à assurer l’équité et la bonne administration de la justice, les fonctions du juge désigné ne se limitent pas aux instances relatives aux certificats de sécurité. La distinction qui existe entre les responsabilités du juge désigné, des *amici curiae* et des avocats spéciaux va au-delà des instances relatives aux certificats de sécurité et s’applique à toute situation touchant la sécurité nationale pour laquelle peuvent être soulevées des questions relatives aux informations confidentielles et aux sources humaines du SCRS.

[101] Ce rôle spécial dans les affaires relatives à la sécurité nationale est exercé dans toutes les situations semblables sauf, bien sûr, si les dispositions législatives en

what was found to be constitutionally required in the context of the *Charkaoui I* and *Harkat (2014)* decisions.

[102] In sum, consistent with the overarching judicial duty to ensure procedural fairness and the proper administration of justice in the context of national security, which extends beyond the IRPA, the designated judge must take all the alternative measures available within the limits of their relevant statutory and inherent powers to give effect to an individual's right to a fair judicial process in the circumstances. Of course, this will vary from one legislative scheme to the next. Given the exceptional restraints on the judicial process brought on by the need for secrecy to ensure national security, these alternative measures must ensure that the designated judge is still able to base their decision on the facts and the law, and must also ensure that the excluded party is provided with a substantial substitute to knowing the case against them and having the opportunity to answer that case. Should the active interventions of the designated judge alone be unable to ensure these fundamental components of a fair judicial process, their overarching role as a gatekeeper might require them to appoint an *amicus curiae* with a mandate tailored to assist the judge in upholding procedural fairness in the circumstances (*Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 46, [2008] 3 F.C.R. 306 (*Khadr*), at paragraph 12).

[103] That being said, if the designated judge finds that the discretion and flexibility afforded to them to ensure a fair process is insufficient in the circumstances, their role and overarching duties dictate that “[they] must not hesitate to find a breach of the right to a fair process and to grant whatever remedies are appropriate” (*Harkat (2014)*, at paragraph 4).

[104] Seeing as the SATA is the legislative scheme in these appeals, an in-depth understanding of the role of the designated judge when presiding over SATA appeals is essential. To achieve this comprehensive understanding, I will be analyzing how these general principles

cause attribuent expressément un rôle différent de celui qui a été considéré comme exigé par la Constitution dans le contexte des arrêts *Charkaoui I* et *Harkat (2014)*.

[102] En résumé, conformément à l'obligation générale qu'ont les juges d'assurer l'équité procédurale et la bonne administration de la justice dans le contexte de la sécurité nationale, obligation qui déborde le cadre de la LIPR, le juge désigné est tenu de prendre toutes les mesures de rechange dont il dispose dans les limites de ses pouvoirs inhérents et législatifs pertinents pour donner effet au droit d'un individu à un processus judiciaire équitable dans les circonstances. Il va sans dire que cela varie d'un régime législatif à l'autre. Compte tenu des restrictions exceptionnelles qu'impose au processus judiciaire la nécessité de préserver le secret afin de garantir la sécurité nationale, ces mesures de rechange doivent faire en sorte, d'une part, que le juge désigné est encore en mesure de fonder sa décision sur les faits et sur le droit et, d'autre part, que l'on fournit à la partie exclue une solution de rechange qui vise à « remplacer pour l'essentiel » le droit de connaître la preuve qui pèse contre elle et d'avoir la possibilité d'y répondre. Si les interventions actives du juge désigné sont incapables à elles seules de garantir ces éléments fondamentaux d'un processus judiciaire équitable, le rôle général de gardien qu'il joue pourrait l'obliger à désigner un *amicus curiae* dont le mandat viserait à aider le juge à préserver l'équité procédurale dans les circonstances (*Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 46, [2008] 3 R.C.F. 306 (*Khadr*), au paragraphe 12).

[103] Cela dit, si le juge désigné considère que le pouvoir discrétionnaire et la souplesse dont il dispose pour assurer la tenue d'un processus équitable sont insuffisants dans les circonstances, il ne doit pas, compte tenu de son rôle et de ses obligations générales, « hésiter à conclure à une violation du droit à un processus équitable et à accorder toute réparation jugée appropriée » (arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 4).

[104] Comme la LSDA est le régime législatif qui s'applique en l'espèce, il est essentiel de comprendre en détail le rôle que joue le juge désigné lorsqu'il préside un appel interjeté sous le régime de cette loi. À cette fin, j'analyserai de quelle façon ces principes généraux concernant

regarding the role of the designated judge apply to designated judges in appeals under the SATA. In doing so, I will also canvass the appeal procedures under the SATA and directly address the respondent's argument regarding the division of appeals under the SATA into two distinct phases and how this affects the role of the designated judge.

(2) Role in Appeal under the SATA

[105] Similar to the IRPA, as we will see below, the designated judge in appeals under the SATA can be described as the “cornerstone of the procedure established by Parliament” (*Charkaoui I*, at paragraph 34). It is an appeal procedure that calls for balancing national security with individual rights and freedoms. Consistent with the Supreme Court of Canada jurisprudence canvassed above, the appeal provisions at section 16 of the SATA can be understood as assigning significant discretion to the designated judge in order to fulfill their role of (i) ensuring a fair judicial process that does not undermine the national security objectives of the SATA as well as their role of (ii) deciding the reasonableness of the Minister's decision on appeal. It is the role of a “gatekeeper”, similar to that expressed in *Harkat (2014)*, at paragraph 46, as it is clear that keeping an individual on the SATA list seriously engages several Charter rights, as raised by the appellants in their respective notices of appeal.

(i) Ensuring a Fair Judicial Process that Protects National Security Interests

[106] The first part of the role assigned to the designated judge is ensuring a fair judicial process in light of the limits imposed by the SATA on the open court principle and on the conventional pillars of procedural fairness, in the interest of national security. This role

le rôle du juge désigné s'appliquent aux personnes qui exercent ces fonctions dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA. Ce faisant, je passerai également en revue les procédures d'appel que prévoit la LSDA et je traiterai directement de l'argument qu'invoque l'intimé au sujet de la scission en deux étapes distinctes des appels interjetés sous le régime de la LSDA ainsi que de la manière dont cela influence le rôle du juge désigné.

2) Le rôle joué dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA

[105] De la même façon que dans le cas de la LIPR, ainsi que nous le verrons plus loin, le rôle du juge désigné dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA peut être qualifié de « pierre angulaire de la procédure établie par le législateur » (arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 34). La procédure d'appel de la LSDA oblige à mettre en balance la sécurité nationale et les droits et libertés individuels. Conformément à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada dont il a été question plus tôt, il est possible de considérer que les dispositions en matière d'appel que comporte l'article 16 de la LSDA confèrent un pouvoir discrétionnaire important au juge désigné afin qu'il puisse s'acquitter de son rôle consistant, d'une part, à (i) garantir la tenue d'un processus judiciaire équitable qui ne mine pas les objectifs en matière de sécurité nationale de la LSDA et, d'autre part, à (ii) se prononcer sur le caractère raisonnable de la décision du ministre qui est portée en appel. Il s'agit du rôle de « gardien », semblable à celui qui a été décrit dans l'arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 46, car il est évident que le fait de maintenir l'inscription d'une personne sur la liste de la LSDA fait réellement entrer en jeu plusieurs droits garantis par la Charte, comme le font valoir les appelants dans leurs avis d'appel respectifs.

(i) Garantir la tenue d'un processus judiciaire équitable qui protège les intérêts en matière de sécurité nationale

[106] La première partie du rôle confié au juge désigné est de garantir la tenue d'un processus judiciaire équitable, eu égard aux limites qu'impose la LSDA au principe de la transparence des procédures judiciaires et aux piliers classiques de l'équité procédurale, et ce, dans

assigned to the designated judge under the SATA mirrors its overarching balancing object, as described earlier.

[107] First, the SATA appeal provisions put in place several limits on the appeal procedures in order to protect Canada's national security interests. For instance, as seen earlier, paragraph 16(6)(a) requires that a judge hear information or other evidence in the absence of the public and of the appellant and their counsel if, in the judge's opinion, "its disclosure could be injurious to national security or endanger the safety of any person." Moreover, paragraph 16(6)(b) assigns the judge the duty of ensuring the confidentiality of information or other evidence provided by the Minister if, in the judge's opinion, "its disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person."

[108] These limits on the disclosure of information or other evidence are not unique to the SATA. It is now well recognized that certain information or other evidence must be protected by our judicial system in the interest of national security, even when rights of individuals are at play. Parliament has enacted other laws to this effect: see the IRPA or the *Canada Evidence Act*, R.C.S., 1985, c. C-5. However, the SATA does not assign the Minister a unilateral privilege of asserting confidentiality. Rather, it provides the designated judge with the power to decide whether information or other evidence meets the criterion to be kept confidential for national security reasons and provides the discretion to fashion a fair judicial process in response to the necessity of confidentiality in the circumstances.

[109] In fact, the SATA assigns the designated judge the sole responsibility of deciding whether information or evidence meets the criterion to be kept confidential and must be heard *ex parte* and *in camera*. This is a duty that requires a designated judge to assume a robust and interventionist role given the government's tendency to overclaim confidentiality, the important effect this has

l'intérêt de la sécurité nationale. Ce rôle que la LSDA confie au juge désigné reflète, comme il a été décrit plus tôt, son objet général de mise en balance.

[107] Premièrement, les dispositions en matière d'appel de la LSDA imposent plusieurs limites aux procédures d'appel de manière à protéger les intérêts du Canada sur le plan de la sécurité nationale. Par exemple, comme nous l'avons vu, l'alinéa 16(6)a exige que le juge entende des renseignements ou d'autres éléments de preuve en l'absence du public ainsi que de l'appellant et de son conseil si, à son avis, « la divulgation des renseignements ou autres éléments de preuve en cause pourrait porter atteinte [...] à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui ». Par ailleurs, l'alinéa 16(6)b confie au juge l'obligation d'assurer la confidentialité des renseignements ou des autres éléments de preuve que fournit le ministre si, à son avis, leur « divulgation porterait atteinte [...] à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui ».

[108] Ces limites imposées à la divulgation de renseignements ou d'autres éléments de preuve ne sont pas propres à la LSDA. Il est aujourd'hui bien reconnu que certains renseignements ou autres éléments de preuve doivent être protégés par notre système judiciaire dans l'intérêt de la sécurité nationale, même quand des droits de particuliers sont en jeu. Le législateur a adopté d'autres lois à cet effet : voir la LIPR ou la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. Cependant, la LSDA ne confère pas au ministre le privilège unilatéral de revendiquer la confidentialité. Elle confère plutôt au juge désigné le pouvoir de décider si des renseignements ou d'autres éléments de preuve répondent au critère du respect de la confidentialité pour des raisons de sécurité nationale ainsi que le pouvoir discrétionnaire de concevoir un processus judiciaire équitable qui, dans les circonstances, répond à la nécessité d'assurer la confidentialité.

[109] En fait, la LSDA attribue au juge désigné l'entière responsabilité de décider si des renseignements ou des éléments de preuve répondent au critère relatif à l'impératif de confidentialité et s'ils doivent être entendus *ex parte* et à huis clos. Il s'agit d'une obligation qui exige que le juge désigné joue un rôle vigoureux et interventionniste, compte tenu de la tendance qu'a le

on an appellant's right to procedural fairness, and the lack of redress available to the appellant to counter these claims of confidentiality. This point is well canvassed in *Harkat (2014)*, at paragraphs 61–64:

Only information and evidence that raises a *serious* risk of injury to national security or danger to the safety of a person can be withheld from the named person. The judge must ensure throughout the proceedings that the Minister does not cast too wide a net with his claims of confidentiality.

While the *IRPA* scheme provides that closed hearings must be held when the disclosure of information *could* be injurious (s. 83(1)(c), *IRPA*), it mandates the withholding of information from public summaries only if its disclosure *would, in the judge's opinion*, be injurious (s. 83(1)(e), *IRPA*). The judge must err on the side of caution in ordering closed hearings during which he can ascertain the validity of the Minister's position with respect to the sensitivity of given information or evidence. However, once the judge has heard the parties, he must ensure that only information or evidence which *would* injure national security or endanger the safety of a person is withheld from the named person. "It is the Ministers who bear the burden of establishing that disclosure not only could but would be injurious to national security, or endanger the safety of any person": *Jaballah, Re*, 2009 FC 279, 340 F.T.R. 43, at para. 9, *per* Dawson J. [Emphasis added by McLachlin C.J.].

The judge must be vigilant and skeptical with respect to the Minister's claims of confidentiality. Courts have commented on the government's tendency to exaggerate claims of national security confidentiality: *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2010 FC 1106, [2012] 2 F.C.R. 508, at para. 108; *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 549, 329 F.T.R. 80, at paras. 73–77 and 98; see generally C. Forcese, "Canada's National Security 'Complex': Assessing the Secrecy Rules" (2009), 15:5 *IRPP Choices* 3. As Justice O'Connor commented in his report on the Arar inquiry,

gouvernement à revendiquer de manière excessive la confidentialité, de l'effet important qu'a la confidentialité d'éléments sur le droit des appelants à l'équité procédurale ainsi que de l'absence de recours dont les appelants disposent pour contrer ces revendications de confidentialité. Ce point est bien analysé dans l'arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 61 à 64 :

Seuls les renseignements et les éléments de preuve qui soulèvent un risque *sérieux* d'atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui peuvent être soustraits à la connaissance de la personne visée. Tout au long de l'instance, il incombe au juge de garantir que le ministre ne vise pas trop large lorsqu'il invoque la confidentialité.

Le régime établi par la *LIPR* prévoit certes la tenue d'audiences à huis clos si la communication de renseignements *pouvait* porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui (al. 83(1)c) *LIPR*); il intime toutefois de taire dans les résumés de la preuve seulement les renseignements dont la communication *porterait* atteinte, *selon le juge*, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui (al. 83(1)e) *LIPR*). Le juge doit privilégier la prudence lorsqu'il s'agit d'ordonner la tenue d'audiences à huis clos durant lesquelles il peut examiner la validité de la position du ministre quant au degré de sensibilité de certains renseignements ou éléments de preuve. Cela dit, après avoir entendu les parties, le juge doit garantir que seuls les renseignements ou les éléments de preuve qui *porteraient* atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui sont soustraits à la connaissance de la personne visée. « Il incombe aux ministres d'établir que la communication non seulement pourrait porter atteinte mais qu'elle porterait effectivement atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui » : *Jaballah (Re)*, 2009 CF 279 (CanLII), par. 9, la juge Dawson [Souligné par la juge en chef McLachlin].

Le juge doit être vigilant et sceptique quant aux allégations du ministre relatives à la confidentialité. Les tribunaux ont formulé des commentaires quant à la propension du gouvernement à exagérer les réclamations de confidentialité fondées sur la sécurité nationale : *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2010 CF 1106, [2012] 2 R.C.F. 508, par.108; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 549 (CanLII), par.73-77 et 98; voir plus généralement C. Forcese, « Canada's National Security "Complex" : Assessing the Secrecy Rules » (2009), 15 :5 *IRPP Choices* 3. Comme l'a affirmé le juge O'Connor dans son rapport sur la Commission Arar,



overclaiming exacerbates the transparency and procedural fairness problems that inevitably accompany any proceeding that can not be fully open because of [national security confidentiality] concerns. It also promotes public suspicion and cynicism about legitimate claims by the Government of national security confidentiality.

(Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar, *Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations* (2006), at p. 302)

The judge is the gatekeeper against this type of overclaiming, which undermines the *IRPA* scheme's fragile equilibrium. Systematic overclaiming would infringe the named person's right to a fair process or undermine the integrity of the judicial system, requiring a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. [Emphasis in original.]

[110] Nonetheless, following this “vigilant and skeptical” review of the Minister’s confidentiality claims by the designated judge, there is likely to remain some information or evidence which, pursuant to paragraph 16(6)(b), the designated judge must ensure its confidentiality because its disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person. Yet, despite this need to keep certain information confidential from the public and the appellant, and the need to hear this information *ex parte* and *in camera*, the designated judge still has the duty to “provide the appellant and the Minister with [a reasonable] opportunity to be heard” pursuant to paragraph 16(6)(d). As suggested by the *amici curiae*, the opportunity to be heard is a fundamental safeguard and is an integral part to the *audi alteram partem* rule (see L’Heureux-Dubé J.’s observations in *Telecommunications Workers Union v. Canada (Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1995] 2 S.C.R. 781, (1995), 125 D.L.R. (4th) 471 (*Telecommunications Workers Union*), at paragraph 29).

[111] A coherent reading of these two seemingly contradictory statutory duties, which require the designated judge to ensure that the parties have an opportunity to be heard despite the appellant not having access to all

la multiplication des réclamations aggrave les problèmes de transparence et d'équité procédurale accompagnant inévitablement toute enquête qui ne peut être totalement publique en raison des préoccupations [de confidentialité liées à la sécurité nationale]. En conséquence, le grand public n'en est que plus soupçonneux et cynique à l'égard des réclamations de confidentialité légitimes du gouvernement liées à la sécurité nationale.

(Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations* (2006), p. 326-327)

Le juge est le gardien qui doit nous prémunir contre la multiplication des réclamations qui menace le fragile équilibre qu'atteint le régime établi par la *LIPR*. La multiplication systématique des réclamations porterait atteinte au droit de la personne visée à un processus équitable ou minerait l'intégrité du système judiciaire, exigeant ainsi l'octroi d'une réparation en application du paragraphe 24(1) de la *Charte*. [Italique dans l'original.]

[110] Néanmoins, à la suite de cet examen « vigilant et sceptique » par le juge désigné des revendications de confidentialité du ministre, il restera vraisemblablement quelques renseignements ou éléments de preuve dont, selon l'alinéa 16(6)b), le juge désigné devra assurer la confidentialité, car leur communication porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Toutefois, malgré ce besoin de veiller à ce que certains renseignements ne soient pas communiqués au public et à l'appelant, ainsi que le besoin d'entendre ces renseignements *ex parte* et à huis clos, le juge désigné a tout de même l'obligation de « donne[r] à l'appelant et au ministre la possibilité d'être entendus » conformément à l'alinéa 16(6)d). Comme l'ont soutenu les *amici curiae*, la possibilité d'être entendu est une mesure de protection fondamentale et fait partie intégrante de la règle *audi alteram partem* (voir les observations de la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Telecommunications Workers Union c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)*, [1995] 2 R.C.S. 781 (arrêt *Telecommunications Workers Union*), au paragraphe 29).

[111] Une interprétation cohérente de ces deux obligations légales en apparence contradictoires, qui exigent que le juge désigné s'assure que les parties aient la possibilité d'être entendues même si l'appelant n'a pas accès à

the relevant information or evidence, along with a reading that is in line with the balancing object of the SATA and the jurisprudence canvassed above, implies that the designated judge has a duty to exercise their powers in a manner that ensures a fair judicial process in the given circumstances. Notably, this can only be accomplished where a judicial process provides a substantial substitute to the appellant for full disclosure and full participation in order to permit them to know and meet the case against them as well as permit the designated judge to make a decision based on the facts and the law. This is a key component of the “gatekeeper” role as it is described in *Harkat (2014)*, at paragraph 46. More will be said later on how to ensure fairness when the SATA forbids the appellants from directly being heard in the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals.

[112] This tension between these seemingly contradictory duties is somewhat alleviated by the designated judge’s duty to provide the appellant with a “summary of information and other evidence that enables them to be reasonably informed of the Minister’s case” but that does not include anything the judge has deemed confidential (paragraph 16(6)(c)). Having experienced issuing summaries in lieu of direct, straightforward, evidence, designated judges will do their utmost to issue substantial informative summaries without disclosing injurious national security information. Having said that, paragraph 16(6)(f) permits the designated judge to “base a decision on information or other evidence even if a summary of that information or other evidence has not been provided to the appellant.” In these cases, the “gatekeeper” role assigned to the designated judge by the procedure set out in section 16 as a whole requires the designated judge to actively assume their powers to fashion a fair judicial process that gives meaning to the appellant’s right to be heard at paragraph 16(6)(d), without overstepping their jurisdiction. The designated judge must actively search for ways to provide as much information as possible to the appellant while still protecting the confidentiality of certain information for national security reasons. Like an elastic, designated judges must stretch their statutory and inherent powers to ensure that

la totalité des renseignements ou des éléments de preuve pertinents, ainsi qu’une interprétation qui concorde avec l’objet de mise en balance de la LSDA et la jurisprudence dont il a été question plus tôt, implique que le juge désigné est tenu d’exercer ses pouvoirs d’une manière qui, eu égard aux circonstances, garantit un processus judiciaire équitable. Il convient de noter qu’il n’est possible d’atteindre ce résultat que si le processus judiciaire offre à l’appellant une solution de rechange qui vise à « remplacer pour l’essentiel » une divulgation complète et une participation entière afin de lui permettre de connaître la preuve qui pèse contre lui et d’y répondre et de permettre au juge désigné de rendre une décision qui est fondée sur les faits et sur le droit. Il s’agit d’un élément clé du rôle de « gardien » décrit dans l’arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 46. Il sera question plus tard, de manière plus détaillée, de la manière d’assurer l’équité dans les cas où la LSDA interdit aux appelants d’être directement entendus dans les parties *ex parte* et à huis clos des appels.

[112] Cette tension entre ces obligations en apparence contradictoires est quelque peu atténuée par l’obligation qu’a le juge désigné de fournir à l’appellant un « résumé de la preuve [...] qui permet à l’appellant d’être suffisamment informé de la thèse du ministre à l’égard de l’instance en cause », mais qui ne comporte aucun élément qui, d’après le juge, est confidentiel (alinéa 16(6)c)). Ayant eu l’expérience de produire des résumés à la place d’une preuve simple et directe, je suis d’avis que les juges désignés feront tout leur possible pour produire des résumés informatifs sérieux sans divulguer de renseignements qui portent atteinte à la sécurité nationale. Cela dit, l’alinéa 16(6)f) permet au juge désigné de « fonder sa décision sur des renseignements et autres éléments de preuve même si un résumé de ces derniers n’est pas fourni à l’appellant ». Dans ces cas, le rôle de « gardien » qu’assigne au juge désigné la procédure décrite à l’article 16 dans son ensemble oblige ce dernier à exercer activement ses pouvoirs pour concevoir un processus judiciaire équitable qui donne un sens au droit de l’appellant d’être entendu, conformément à l’alinéa 16(6)d), et ce, sans outrepasser sa compétence. Le juge désigné doit chercher activement des moyens de fournir le plus de renseignements possible à l’appellant tout en protégeant la confidentialité de certains d’entre eux pour des raisons de sécurité nationale. Le juge désigné doit étirer comme un élastique ses pouvoirs inhérents

as much disclosure is provided to the appellant while stopping short of the breaking point. A designated judge must feel satisfied that the disclosure (through summaries or by other means) is, in substance, sufficient to allow an appellant to be “reasonably informed” (paragraph 16(6)(e)) of the case made against them and be able to present their side of the story, at the very least via the assistance of a substantial substitute (*Harkat (2014)*, at paragraphs 51–63 and 110). Only then will the designated judge have the necessary facts and law to render a fair decision.

(ii) Ensuring the Reasonableness of the Minister’s Decision

[113] The second part of the role assigned to the designated judge in the SATA is clearly stated at subsection 16(4): “the judge must, without delay, determine whether the decision is reasonable on the basis of the information available to the judge.”

[114] Although the respondent agrees that the designated judge must assume a robust and interventionist role when assessing the confidentially claims of the Minister pursuant to paragraph 16(6)(b), it is the respondent’s position that this role does not apply when the designated judge assesses the reasonableness of a decision. Instead, the respondent argues that there is clear division between the role the designated judge must assume in the disclosure phase of an appeal under the SATA and the role the designated judge must assume in the merits phase. During the latter phase, it is submitted that the designated judge must assume a deferential role when assessing the merits of a decision under appeal as their role is akin to the role of a judge in a conventional judicial review.

[115] In light of the SATA’s object, the jurisprudence canvassed above, as well as the wording of the provisions at section 16 of the SATA, I cannot agree with this position. The designated judge must assume their “gatekeeper” role at all times during the SATA appeal, including when assessing the reasonableness of the Minister’s decision. To support this finding, I will analyze the provisions of the SATA to extract the role intended for the

et législatifs afin de faire en sorte que l’on communique le maximum de renseignements à l’appelant tout en s’arrêtant avant le point de rupture. Il doit être convaincu que la communication (par voie de résumés ou d’autres façons) est en substance suffisante pour que l’appelant soit « suffisamment informé » (alinéa 16(6)c)) de la preuve qui pèse contre lui et puisse présenter sa version des faits, et ce, à tout le moins, grâce à une solution de rechange qui vise à « remplacer pour l’essentiel » les droits niés (arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 51 à 63 et 110). Ce n’est qu’après cela que le juge désigné aura en main les faits et les éléments de droit dont il aura besoin pour rendre une décision équitable.

(ii) Assurer le caractère raisonnable de la décision du ministre

[113] La seconde partie du rôle que l’on attribue au juge désigné dans la LSDA est clairement indiquée au paragraphe 16(4) : « [d]ès qu’il est saisi de la demande, le juge décide si la décision est raisonnable compte tenu de l’information dont il dispose ».

[114] L’intimé convient que le juge désigné doit jouer un rôle vigoureux et interventionniste lorsqu’il évalue les revendications de confidentialité du ministre, conformément à l’alinéa 16(6)b), mais il est d’avis que le juge désigné n’a pas ce rôle lorsqu’il évalue le caractère raisonnable d’une décision. Il soutient plutôt qu’il existe une distinction claire entre le rôle que le juge désigné doit jouer à l’« étape de la divulgation » d’un appel interjeté sous le régime de la LSDA et le rôle qu’il est tenu de jouer à l’« étape du fond ». Selon lui, au cours de cette dernière étape, le juge désigné doit jouer un rôle empreint de retenue quand il évalue le fond d’une décision portée en appel, car ce rôle est semblable à celui que joue un juge dans un contrôle judiciaire classique.

[115] Compte tenu de l’objet de la LSDA, de la jurisprudence analysée plus tôt ainsi que du libellé des dispositions de l’article 16 de la LSDA, je ne puis souscrire à cette position. Le juge désigné se doit de jouer en tout temps son rôle de « gardien » pendant l’appel interjeté sous le régime de la LSDA, et cela inclut le moment où il évalue le caractère raisonnable de la décision du ministre. Pour étayer cette conclusion, j’analyserai les

designated judge when assessing the reasonableness of the Minister's decision. I will then directly address the respondent's argument that the judge's role changes from the disclosure phase to the merits phase of the appeal as well as the argument that, barring new evidence, the judge's review of the decision under appeal is akin to a conventional judicial review.

[116] It is quickly understood that the role assigned to the designated judge in the appeal provisions of the SATA goes beyond the deferential role of a judge in a traditional judicial review. The SATA equally assigns the designated judge a robust role that requires them to take an "active" and "interventionist" approach when assessing the merits of a decision. The first indication of this is that the designated judge is given the power at subsection 16(5) to order that an appellant's name be removed from the list, in contrast with traditional appeals or judicial reviews to the Federal Court, which are usually referred back to the decision maker should the decision be found unreasonable. This in itself is indicative of Parliament's intent of assigning designated judges a hands-on role. It is a clear invitation for the designated judge to vigorously immerse themselves in the appeal when determining the decision's reasonableness. This jurisdiction to conclude differently from the Minister and "order the Minister" to remove the name of the appellant from the SATA list is not an attribute of a conventional judicial review.

[117] Moreover, the appeal before the designated judge is not necessarily based solely on the same record that was before the decision maker. This is an important difference between an appeal under the SATA and a conventional appeal or judicial review to the Federal Court. As stated at subsection 16(4) of the SATA, the appeal must be determined on the "information available to the judge." In practice, although the parties must, by default, follow the provisions at rule 343 of the *Federal Courts Rules* when determining the evidence and information to be included in the appeal book, the SATA provides that information or evidence before the decision maker can be withdrawn by the Minister pursuant

dispositions de la LSDA en vue d'en extraire le rôle qui incombe au juge désigné lors de l'évaluation du caractère raisonnable de la décision du ministre. Ensuite, je traiterai directement de l'argument de l'intimé selon lequel le rôle du juge change entre l'« étape de la divulgation » et l'« étape du fond » de l'appel, de même que l'argument selon lequel, à défaut de nouveaux éléments de preuve, l'examen que fait le juge de la décision portée en appel s'apparente à un contrôle judiciaire classique.

[116] On comprend vite que le rôle qu'attribuent au juge désigné les dispositions en matière d'appel de la LSDA déborde le cadre du rôle empreint de retenue que joue un juge dans le cadre d'un contrôle judiciaire classique. La LSDA attribue également au juge désigné un rôle vigoureux qui l'oblige à recourir à une démarche « active » et « interventionniste » lorsqu'il évalue le bien-fondé d'une décision. Le premier indice est que le juge désigné se voit attribuer, au paragraphe 16(5), le pouvoir d'ordonner que le nom d'un appellant soit radié de la liste, contrairement aux appels ou aux contrôles judiciaires classiques dont la Cour fédérale est saisie, où les affaires sont habituellement renvoyées au décideur s'il est conclu que la décision était déraisonnable. Ce fait, en soi, dénote l'intention du législateur d'attribuer aux juges désignés un rôle pratique. Il s'agit d'une invitation non équivoque à ce que le juge désigné s'immerge avec vigueur dans l'appel pour se prononcer sur le caractère raisonnable de la décision. Ce pouvoir d'arriver à une conclusion différente de celle du ministre et d'« ordonner au ministre » de radier le nom de l'appellant de la liste de la LSDA n'est pas un attribut d'un contrôle judiciaire classique.

[117] Par ailleurs, l'appel interjeté devant le juge désigné n'est pas nécessairement fondé uniquement sur le même dossier que celui dont disposait le décideur. C'est là une différence marquante entre un appel interjeté sous le régime de la LSDA et un appel ou une demande de contrôle judiciaire classique que l'on dépose devant la Cour fédérale. Comme il est indiqué au paragraphe 16(4) de la LSDA, l'appel doit être tranché en fonction de « l'information dont [le juge] dispose ». En pratique, même si les parties doivent, par défaut, suivre les dispositions de la règle 343 des *Règles des Cours fédérales* pour la détermination des éléments de preuve et des renseignements qui doivent figurer dans le dossier d'appel, la LSDA prévoit

to paragraph 16(6)(g) and that additional information or evidence that was not before the decision-maker can be adduced pursuant to paragraph 16(6)(e). This potential for a change in the record is again indicative of an intent for the designated judge to undertake a non-deferential role, as a different record requires a designated judge to reassess afresh the evidence grounding a decision according to this change.

[118] For instance, if the Minister withdraws information or other evidence pursuant to paragraph 16(6)(g), this same paragraph of the SATA states that the designated judge “must not base a decision on that information or other evidence and must return it to the Minister.” To fulfill their role of deciding the reasonableness of the Minister’s decision, the designated judge must therefore play a non-deferential role and assess the remaining information and evidence afresh as a potential key factual element underpinning the Minister’s decision is no longer part of the record available to the judge. Moreover, the reasons for its withdrawal could affect the remaining information or evidence. Similarly, a key piece of new information or evidence may require a designated judge to reassess the information or evidence that was before the decision maker in a new light, notably if it contextualizes or contradicts certain information.

[119] Compounding the non-deferential nature of the role of the designated judge in deciding the reasonableness of the decision on appeal in light of a potentially different record is the fact that the judge is given immense discretion pursuant to paragraph 16(6)(e) in deciding whether to receive additional information into evidence. Indeed, as stated in paragraph 16(6)(e), the designated judge “may receive into evidence anything that, in the judge’s opinion, is reliable and appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base a decision on that evidence.” This role requires the designated judge to assume a delicate approach, considering the type of

que les renseignements ou les éléments de preuve présentés au décideur peuvent être retirés par le ministre en vertu de l’alinéa 16(6)(g) et que, selon l’alinéa 16(6)(e), il est possible de produire des renseignements ou des éléments de preuve supplémentaires qui n’ont pas été présentés au décideur. Cette possibilité de faire un changement dans le dossier dénote là encore l’intention du législateur que le juge désigné puisse jouer un rôle non empreint de retenue, car un dossier différent exige que le juge désigné réexamine les éléments de preuve sur lesquels repose une décision en fonction de ce changement.

[118] Par exemple, si le ministre retire des renseignements ou d’autres éléments de preuve en vertu de l’alinéa 16(6)(g), cette même disposition de la LSDA indique que le juge désigné « ne peut fonder sa décision sur ces renseignements ou ces éléments de preuve et il est tenu de les remettre au ministre ». Pour s’acquitter du rôle de se prononcer sur le caractère raisonnable de la décision du ministre, le juge désigné doit donc jouer un rôle non empreint de retenue et évaluer à nouveau les renseignements et les éléments de preuve qui restent, car un important élément factuel qui sous-tendait la décision du ministre ne fait plus partie du dossier que le juge a en main. Par ailleurs, les raisons du retrait pourraient avoir une incidence sur les renseignements ou les éléments de preuve qui restent. Dans le même ordre d’idées, un élément important des nouveaux renseignements ou éléments de preuve peut obliger le juge désigné à réévaluer les renseignements ou les éléments de preuve dont disposait le décideur, et ce, sous un jour nouveau, surtout si cet élément contextualise ou contredit certains renseignements.

[119] S’ajoute à la nature non empreinte de retenue du rôle que joue le juge désigné lorsqu’il se prononce sur le caractère raisonnable de la décision portée en appel à la lumière d’un dossier potentiellement différent, le fait que l’alinéa 16(6)(e) confère au juge l’immense pouvoir discrétionnaire de décider de recevoir et d’admettre en preuve des renseignements supplémentaires. En fait, comme il est dit à l’alinéa 16(6)(e), le juge désigné « peut recevoir et admettre en preuve tout élément — même inadmissible en justice — qu’il estime digne de foi et utile et peut fonder sa décision sur celui-ci ». Ce rôle exige du juge désigné qu’il recoure à une approche délicate, en examinant

evidence at play and considering the range of individual rights and freedoms potentially involved. It is indicative that a designated judge must be an active participant in an appeal under the SATA, notably given the fact that, in ensuring that this evidence is “reliable and appropriate”, the designated judge is additionally responsible for considering evidence that may not be admissible in a court of law and may not be disclosed to the appellant due to national security reasons. The difficult nature of the task is aptly described by my colleague Justice Mosley in *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163 (*Almrei (Re)*), at paragraph 84:

... Evidence may be relevant but not useful or fitting for a variety of reasons including the manner in which it was obtained. This is reinforced where the term is coupled with “reliable” (“digne de foi”) which imports a notion of “trustworthy”, “safe”, “sure”, “worthy of belief.

[120] In *Almrei (Re)*, Justice Mosley was commenting on paragraph 83(1)(h) of the IRPA, which paragraph 16(6)(e) of SATA replicates by using the exact same language. Contrary to what the respondent argues, this assessment is one that extends beyond any disclosure phase. To assess “reliability” (“*digne de foi*”), a designated judge’s “gatekeeper” role cannot be limited only to disclosure issues but must also extend to the merits of the case against an appellant.

[121] Nevertheless, another indicator in the SATA provisions supporting the interpretation that a designated judge must assume an active role when assessing the reasonableness of a decision is the discretion afforded to the designated judge at paragraph 16(6)(f) to “base a decision on information or other evidence even if a summary of that information or other evidence has not been provided to the appellant.” The allocation of this discretionary power to the designated judge makes it clear that the designated judge cannot assume a deferential role, as that concept is traditionally understood, when assessing the reasonableness of a decision. If such a situation occurs, the designated judge is given the task of making a decision grounded on the facts and the law as an

le genre d’éléments de preuve qui est en jeu et en tenant compte de l’éventail des droits et libertés individuels qui sont potentiellement en cause. Cela indique qu’il doit participer de manière active aux appels interjetés sous le régime de la LSDA, compte tenu notamment du fait que, pour s’assurer que ces éléments de preuve sont « digne[s] de foi et utile[s] », le juge désigné est en outre chargé de prendre en considération des éléments de preuve qui ne sont peut-être pas admissibles devant une cour de justice et peuvent ne pas être communiqués à l’appelant pour des raisons de sécurité nationale. Mon collègue le juge Mosley décrit avec justesse la nature difficile de cette tâche dans la décision *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163 (décision *Almrei (Re)*), au paragraphe 84 :

[...] Un élément de preuve peut être pertinent, mais ne pas être utile ou judicieux pour un certain nombre de raisons, notamment les circonstances dans lesquelles il a été obtenu. Cela est d’autant plus vrai lorsque le terme est jumelé avec « digne de foi » (reliable) qui comporte les notions de fiabilité, de confiance, de sécurité, de crédibilité.

[120] Dans la décision *Almrei (Re)*, le juge Mosley parlait de l’alinéa 83(1)(h) de la LIPR, que reproduit l’alinéa 16(6)(e) de la LSDA en utilisant exactement la même formulation. Contrairement à ce que l’intimé allègue, cette évaluation déborde le cadre de n’importe quelle étape de divulgation. Pour pouvoir évaluer si un élément est « digne de foi », le rôle de « gardien » que joue le juge désigné ne peut pas se limiter qu’à des questions de divulgation; il doit également s’étendre au fond de la preuve qui pèse contre l’appelant.

[121] Il y a néanmoins dans les dispositions de la LSDA un autre indice qui confirme l’interprétation selon laquelle le juge désigné doit jouer un rôle actif au moment d’évaluer le caractère raisonnable d’une décision, et il s’agit du pouvoir discrétionnaire que lui accorde l’alinéa 16(6)(f) de « fonder sa décision sur des renseignements et autres éléments de preuve même si un résumé de ces derniers n’est pas fourni à l’appelant ». L’attribution de ce pouvoir discrétionnaire au juge désigné indique clairement que ce dernier ne peut jouer un rôle empreint de retenue, au sens où on l’entend habituellement, quand il évalue le caractère raisonnable d’une décision. Dans une telle situation, le juge désigné a pour tâche de fonder la décision sur les faits et le droit, comme le ferait un arbitre impartial

impartial and independent adjudicator without the benefit of having the appellant being able to directly test the reliability and sufficiency of the evidence or information in question. This duty to assess the reasonableness of a decision must see the designated judge assuming a robust active role that is interventionist but short of inquisitorial; to hold otherwise would be an open invitation for miscarriages of justice. In my view, it is inconceivable that this is what Parliament intended.

[122] It is with regard to the provisions canvassed above, notably when read in light of the object of the SATA and the pertinent jurisprudence, that I must disagree with the respondent's argument that the role of the judge differs according to the "phase" of the appeal and that the word "reasonableness" at subsection 16(4) signals that the designated judge should assume a deferential role when assessing the merits of the appeal, similar to the role assumed by a judge in a conventional judicial review.

[123] First, regardless of the clear intent in the statutory provisions of the SATA for the designated judge to assume a "gatekeeper" role when assessing the reasonableness of the decision under appeal, there is no indication in the SATA of an intent to divide the proceedings or the role of the judge into two separate phases. Had Parliament wished to opt for a two-phase approach to appeals under the SATA, it could have included a process similar to the one outlined in section 87 of the IRPA or could have opted to integrate section 38 of the *Canada Evidence Act* into the judicial process for appeals under the SATA. In fact, the creation of the SATA did the exact opposite of this as it replaced the former procedure under the *Aeronautics Act*, which was subject to section 38 of the *Canada Evidence Act*, as was the case in *Telbani*. This is not to say that a designated judge cannot organize appeal proceedings under the SATA in a manner that creates separate disclosure and merits phases if it is appropriate in the circumstances. Rather, it is a finding that there is no indication that Parliament intended to erode the designated judge's discretion to fashion a fair judicial process according to the circumstances of the case and notably the type of confidential information being submitted.

et indépendant, sans l'avantage que l'appellant puisse vérifier la fiabilité et le caractère suffisant des éléments de preuve ou des renseignements en question. Cette obligation d'évaluer le caractère raisonnable d'une décision doit amener le juge désigné à jouer un rôle actif et vigoureux, qui est interventionniste, mais sans atteindre un stade inquisitoire; une conclusion contraire ouvrirait grand la porte aux erreurs judiciaires. À mon avis, il est inconcevable que ce soit ce que le législateur envisageait.

[122] C'est au regard des dispositions analysées plus tôt, notamment lorsqu'on les lit à la lumière de l'objet de la LSDA et de la jurisprudence pertinente, que je me dois d'exprimer mon désaccord avec l'argument de l'intimé selon lequel le rôle du juge diffère en fonction de l'« étape » de l'appel et que le mot « raisonnable », au paragraphe 16(4), indique que le juge désigné doit faire preuve de retenue quand il évalue le fond de l'appel, comme le ferait un juge dans le cadre d'un contrôle judiciaire classique.

[123] Premièrement, indépendamment du fait que les dispositions législatives de la LSDA envisagent manifestement que le juge désigné joue un rôle de « gardien » lorsqu'il évalue le caractère raisonnable de la décision portée en appel, rien dans la LSDA n'indique une intention de scinder en deux étapes distinctes l'instance ou le rôle du juge. Si le législateur avait voulu opter pour une approche en deux étapes à l'égard des appels interjetés sous le régime de la LSDA, il aurait pu inclure un processus semblable à celui qui est décrit à l'article 87 de la LIPR, ou il aurait pu décider d'intégrer l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* dans le processus judiciaire des appels interjetés sous le régime de la LSDA. En fait, la création de la LSDA a fait exactement le contraire, car cette loi a remplacé l'ancienne procédure que prévoyait la *Loi sur l'aéronautique*, qui était assujettie à l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, comme c'était le cas dans l'affaire *Telbani*. Cela ne veut pas dire que le juge désigné ne peut pas structurer un appel interjeté sous le régime de la LSDA d'une manière qui crée des étapes distinctes pour la divulgation et le fond, s'il convient de le faire dans les circonstances. C'est plutôt que rien n'indique que le législateur entendait miner le pouvoir discrétionnaire qu'a le juge désigné de concevoir un processus judiciaire équitable en fonction des

[124] Second, it cannot be said that, barring new evidence, the designated judge must assess the merits of the decision on appeal in a deferential manner similar to the role of a judge in a conventional judicial review because subsection 16(4) of the SATA provides for a review of the reasonableness of the Minister's decision. Beyond the analysis of the appeal provisions above, and the distinct powers and duties they assign to the designated judge that go beyond the scope of a conventional judicial review, the Supreme Court of Canada found the following in *Charkaoui I*, at paragraphs 38 and 41–42 concerning the deference owed by the designated judge in deciding whether a certificate is “reasonable”:

The first concern is linked to the degree of deference that the judge accords to the ministers' conclusion that the facts supported the issuance of a certificate and the detention of the named person. Judges working under the process have eschewed an overly deferential approach, insisting instead on a searching examination of the reasonableness of the certificate on the material placed before them: *Jaballah, Re* (2004), 247 F.T.R. 68, 2004 FC 299; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299, 2004 FCA 421, at para. 74. They are correct to do so, having regard to the language of the provision, the history of its adoption, and the role of the designated judge.

...

Finally, the fact that the designated judge may have access to more information than the ministers did in making their initial decision to issue a certificate and detain suggests that the judge possesses relative expertise on the matters at issue and is no mere rubber stamp: *Charkaoui (Re)*, 2003 FC 1419, at para. 125.

I conclude that a non-deferential role for the designated judge goes some distance toward alleviating the first concern, that the judge will be perceived to be in the camp of the government.

[125] Although some may argue that this is only applicable to certificate proceedings under the IRPA, and not

circonstances de l'affaire et, notamment, le genre de renseignements confidentiels produits.

[124] Deuxièmement, on ne peut pas dire que, à défaut de nouveaux éléments de preuve, le juge désigné se doit d'évaluer le fond de la décision portée en appel en faisant preuve de retenue, comme le ferait un juge dans le cadre d'un contrôle judiciaire classique parce que le paragraphe 16(4) de la LSDA prévoit un examen du caractère raisonnable de la décision du ministre. Outre l'analyse des dispositions en matière d'appel qui précèdent, ainsi que des obligations et des pouvoirs distincts qu'elles confient au juge désigné et qui vont au-delà de la portée d'un contrôle judiciaire classique, il convient de noter que la Cour suprême du Canada a conclu ce qui suit dans l'arrêt *Charkaoui I*, aux paragraphes 38, 41 et 42, à propos de la retenue dont le juge désigné doit faire preuve pour décider si un certificat est « raisonnable » :

Le premier problème tient au degré de retenue du juge envers la conclusion des ministres selon laquelle les faits justifiaient la délivrance du certificat et la détention de la personne désignée. Dans le contexte de ce processus, les juges évitent de faire preuve d'une retenue excessive, insistant plutôt sur un examen rigoureux du caractère raisonnable du certificat à partir des renseignements dont ils disposent : *Jaballah, Re* (2004), 247 F.T.R. 68, 2004 CF 299; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299, 2004 CAF 421, par. 74. C'est à bon droit qu'ils agissent ainsi, étant donné le libellé de la disposition législative, l'historique de son adoption et le rôle du juge désigné.

[...]

Enfin, le fait que le juge désigné ait accès à plus de renseignements que les ministres n'en avaient à leur disposition pour prendre leur décision initiale de délivrer un certificat et de mettre l'intéressé en détention porte à croire que le juge est relativement bien placé pour apprécier les questions en litige et ne se contente pas d'entériner machinalement cette décision : *Charkaoui (Re)*, 2003 CF 1419, par. 125.

Je conclus qu'attribuer au juge désigné un rôle qui ne l'oblige pas à faire preuve de retenue contribue à atténuer le premier problème, soit la possibilité que le juge soit perçu comme appartenant au camp du gouvernement.

[125] Bien que d'aucuns puissent faire valoir que cela ne s'applique qu'aux instances en matière de certificat



the SATA, I invite the reader to note that both legislative schemes require the judge to assess the “reasonableness” of the decision and that both schemes require this judicial exercise to be done on a record that may or may not be identical to the one before the decision maker.

[126] To summarize, what *Charkaoui I* demonstrates is that the obligation to review a decision in the national security context according to the standard of reasonableness does not mean that the judge must assume a deferential role akin to the role assumed in a conventional judicial review. Rather, *Charkaoui I* states that the deference owed by the designated judge is based on the circumstances and that, in the context of national security where one party is denied full disclosure and full participation, this requires the judge to assume an “active” and “non-deferential role” at all stages of the proceedings (at paragraphs 38–42). These findings made in the context of certificate cases under the IRPA are applicable to the SATA appeal scheme as well. At this preliminary stage, I will not say more on this matter as it will be a public issue before this Court later in these proceedings when assessing the proper standard of review to be applied.

[127] In all, a holistic reading of the appeal provisions of the SATA according to their legal context requires that a designated judge assume a “gatekeeper” role when assessing the reasonableness of the appealed decision. A fair judicial process requires that a judge be able to ground their decision on the facts and the law; it entails that the designated judge must be able to sufficiently test the relevancy and the trustworthiness of the evidence. This is particularly so for two reasons. First, the appeal stage of the proceedings under the SATA is effectively the first time the appellant is able to meaningfully question the merits of the evidence grounding the Minister’s decision. Second, given that the judge will likely have to consider evidence or information not directly disclosed to the appellant, the designated judge must assume a role that gives them the ability to sufficiently test the relevancy

qui tombent sous le coup de la LIPR et non de la LSDA, j’invite le lecteur à noter que les deux régimes législatifs requièrent que le juge évalue le « caractère raisonnable » de la décision et qu’ils exigent tous deux que cet exercice judiciaire soit fondé sur un dossier qui peut être, comme ne pas être, identique à celui que le décideur avait en main.

[126] En résumé, ce que montre l’arrêt *Charkaoui I*, c’est que l’obligation de contrôler une décision rendue dans le contexte de la sécurité nationale en fonction de la norme du caractère raisonnable ne veut pas dire que le juge doit jouer un rôle empreint de retenue, semblable à celui que l’on joue dans le cadre d’un contrôle judiciaire classique. L’arrêt *Charkaoui I* indique plutôt que la retenue dont le juge désigné doit faire preuve est fondée sur les circonstances et que, dans le contexte de la sécurité nationale, où une partie se voit privée d’une divulgation et d’une participation pleines et entières, le juge doit jouer un rôle « actif » et « [non empreint] de retenue » à toutes les étapes de l’instance (aux paragraphes 38 à 42). Ces conclusions, tirées dans le contexte d’affaires relatives à un certificat de sécurité sous le régime de la LIPR s’appliquent également au régime d’appel de la LSDA. À ce stade préliminaire, je n’en dirai pas plus sur la question, car il s’agit d’une question publique qui sera soumise à la Cour plus tard au cours de la présente instance, au moment d’évaluer la norme de contrôle qu’il conviendra d’appliquer.

[127] Tout bien considéré, une interprétation holistique des dispositions en matière d’appel de la LSDA, eu égard à leur contexte juridique, exige que le juge désigné joue un rôle de « gardien » lorsqu’il évalue le caractère raisonnable de la décision portée en appel. Un processus judiciaire équitable exige que le juge puisse fonder sa décision sur les faits et les règles de droit applicables; cela implique qu’il soit en mesure de vérifier de manière suffisante si les éléments de preuve sont pertinents et dignes de foi, et ce, pour deux raisons. Premièrement, l’étape « appel » de l’instance engagée sous le régime de la LSDA est en fait la première fois que l’appelant est en mesure de mettre sérieusement en doute le fond des éléments de preuve sur lesquels repose la décision du ministre. Deuxièmement, comme il aura vraisemblablement à prendre en considération des éléments de preuve

and trustworthiness of the relied upon evidence in these circumstances. In conferring these powers upon the designated judge, Parliament evidently considered that simply deferring to the Minister's findings of fact in these cases without the designated judge's further involvement would not be in the interest of justice. It follows that designated judges in appeals under the SATA must actively involve themselves in testing the evidence presented by the Minister all throughout the *ex parte* and *in camera* proceedings, including questioning the witnesses before the Court in *ex parte* and *in camera* proceedings.

### (3) Similarities Between the IRPA and the SATA

[128] In the interest of thoroughness in these first appeals under the SATA, and notably given the many arguments in these appeals based on the IRPA, this Court deems it necessary to compare the SATA and the IRPA in order to give the reader a broad understanding of their similarities and differences. At the outset, I agree with the respondent that both legislative schemes should not be viewed as identical as they have different purposes and distinctive traits. However, this does not mean that the IRPA, and the jurisprudence concerning it, cannot be drawn upon to facilitate interpreting the SATA and its appeal provisions.

[129] The SATA and the IRPA have similar objects. In both enactments, Parliament created a scheme to protect Canada's national security interests while also considering the important Charter rights at play. This is to say, both the SATA and the IRPA seek to balance national security interests with individual rights. In this regard, the objectives of the IRPA demonstrate both a concern for national security and a will to protect individual rights and freedoms:

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

ou des renseignements qui n'ont pas été directement communiqués à l'appelant, le juge doit jouer un rôle qui lui donne la possibilité de vérifier de manière suffisante si, dans ces circonstances, les éléments de preuve qui ont été utilisés sont pertinents et dignes de foi. Pour conférer ces pouvoirs au juge désigné, le législateur a manifestement considéré que le simple fait de faire preuve de retenue envers les conclusions de fait du ministre dans ces affaires, sans intervention supplémentaire du juge désigné, ne serait pas dans l'intérêt de la justice. Il s'ensuit que dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA, les juges désignés doivent s'occuper activement de vérifier les éléments de preuve que présente le ministre tout au long de l'instance *ex parte* et à huis clos, ce qui inclut l'interrogation des témoins devant la Cour.

### 3) Les similitudes entre la LIPR et la LSDA

[128] Par souci d'exhaustivité dans ces premiers appels interjetés sous le régime de la LSDA, et compte tenu, en particulier, des nombreux arguments invoqués en l'espèce qui sont fondés sur la LIPR, la Cour juge nécessaire de comparer ces deux lois afin que le lecteur puisse bien comprendre leurs similitudes et leurs différences. D'entrée de jeu, je conviens avec l'intimé qu'il ne faudrait pas considérer que les deux régimes législatifs sont identiques, car ils ont des objets différents et des caractéristiques distinctives. Mais cela ne veut pas dire que la LIPR ainsi que la jurisprudence qui s'y rapporte ne peuvent pas servir à faciliter l'interprétation de la LSDA et de ses dispositions en matière d'appel.

[129] La LSDA et la LIPR ont des objets semblables. Dans ces deux lois, le législateur a créé un régime qui vise à protéger les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale tout en prenant en compte les importants droits garantis par la Charte qui sont en jeu. Cela signifie que la LSDA et la LIPR visent toutes deux à mettre en balance les intérêts en matière de sécurité nationale et les droits individuels. À ce sujet, les objets de la LIPR font montre à la fois d'un souci pour la sécurité nationale et d'une volonté de protéger les droits et libertés individuels :

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

**Objectives — immigration**

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

...

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

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

...

**Objectives — refugees**

**(2)** The objectives of this Act with respect to refugees are

...

**(g)** to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society; and

**(h)** to promote international justice and security by denying access to Canadian territory to persons, including refugee claimants, who are security risks or serious criminals.

**Application**

**(3)** This Act is to be construed and applied in a manner that

...

**(d)** ensures that decisions taken under this Act are consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, including its principles of equality and freedom from discrimination and of the equality of English and French as the official languages of Canada;

...

**(f)** complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.

**Objet en matière d'immigration**

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

[...]

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

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

[...]

**Objet relatif aux réfugiés**

**(2)** S'agissant des réfugiés, la présente loi a pour objet :

[...]

**g)** de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité;

**h)** de promouvoir, à l'échelle internationale, la sécurité et la justice par l'interdiction du territoire aux personnes et demandeurs d'asile qui sont de grands criminels ou constituent un danger pour la sécurité.

**Interprétation et mise en œuvre**

**(3)** L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :

[...]

**d)** d'assurer que les décisions prises en vertu de la présente loi sont conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés*, notamment en ce qui touche les principes, d'une part, d'égalité et de protection contre la discrimination et, d'autre part, d'égalité du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada;

[...]

**f)** de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire.

[130] At first glance in this preliminary stage and without comparing the severity of the alleged Charter violations, the SATA appears to engage similar Charter rights

[130] À première vue à ce stade préliminaire, et sans comparer la gravité des allégations de violation de la Charte, la LSDA semble mettre en cause des droits

as the IRPA, notably rights guaranteed in section 7 of the Charter. In *Charkaoui I*, at paragraphs 12–16 and *Harkat (2014)*, at paragraph 40, former Chief Justice McLachlin found that the IRPA security certificate scheme engaged significant life, liberty, and security of the person interests. The appellants claim the same in their respective notices of appeal. Without saying more than necessary at this stage, it is clear that being placed on the SATA list engages one’s liberty by restricting the ability to use air transportation as well as one’s security of the person given the potential stigma and impact on one’s reputation (*Harkat (Re)*, 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635, at paragraph 39). Subsection 6(1) of the Charter also protects the “mobility rights” of Canadian citizens to “enter, remain in and leave Canada”, which the notices of appeal clearly signal will be at issue later in these proceedings. At this stage, nothing further will be said, as this will be a matter for another time.

[131] Moreover, both legislative schemes provide for judicial involvement in order to review the reasonableness of the Minister’s decision. Despite some differences, the role assigned to the judge in both the IRPA and the SATA is overall similar. Under the SATA, the designated judge is tasked with reviewing the Minister’s decision to refuse an appellant’s request for administrative recourse, which has the consequence of stopping an appellant from travelling by airplane inside or outside Canada. Likewise, under the IRPA, the designated judge is tasked with reviewing the joint issuance of a security certificate by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness and the Minister of Citizenship and Immigration, which, in some cases, has the consequence of permitting the immediate detention of the individual in question and their eventual deportation if the certificate is deemed valid.

[132] I pause to note that, notwithstanding their similarities, there are some differences between the processes

garantis par la Charte qui sont semblables à ceux que met en cause la LIPR, notamment ceux garantis à l’article 7 de la Charte. Dans l’arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 12 à 16, et dans l’arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 40, l’ancienne juge en chef McLachlin a conclu que le régime des certificats de sécurité tombant sous le coup de la LIPR mettait en cause d’importants droits liés à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. En l’espèce, les appelants revendiquent les mêmes droits dans leurs avis d’appel respectifs. Sans en dire plus qu’il ne le faut à ce stade, il est évident que le fait qu’une personne soit inscrite sur la liste de la LSDA met en cause sa liberté personnelle en limitant sa capacité de recourir aux services de transport aérien, de même que la propre sécurité de la personne étant donné le préjudice potentiel et l’effet sur sa réputation (*Harkat (Re)*, 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635, au paragraphe 39). Le paragraphe 6(1) de la Charte protège également la « liberté de circulation » des citoyens canadiens, c’est-à-dire « le droit de demeurer au Canada, d’y entrer ou d’en sortir », droit qui, selon ce qui est clairement indiqué dans les avis d’appel, sera en litige plus tard dans la présente instance. À ce stade-ci, rien d’autre ne sera dit, car cette question sera examinée ultérieurement.

[131] Par ailleurs, les deux régimes législatifs prévoient une intervention judiciaire pour le contrôle du caractère raisonnable de la décision du ministre. Malgré quelques différences, le rôle que confie au juge la LIPR et la LSDA est, de façon générale, semblable. Sous le régime de la LSDA, le juge désigné est chargé d’examiner la décision du ministre de rejeter la demande de recours administratif de l’appelant, ce qui a pour conséquence d’empêcher ce dernier de se déplacer en aéronef au Canada ou à l’étranger. De façon similaire, sous le régime de la LIPR, le juge désigné a pour tâche de contrôler la délivrance conjointe d’un certificat de sécurité par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile et par le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration, ce qui, dans certains cas, a pour conséquence d’autoriser la mise en détention immédiate de la personne visée ainsi que son éventuelle expulsion si le certificat est réputé valide.

[132] J’ouvre ici une parenthèse pour signaler que, indépendamment de leurs similitudes, il existe quelques

established under the SATA and the IRPA, respectively. One of the principal differences between these two judicial procedures is that, in the case of the SATA, its initiation is optional and done by the listed person, whereas under the IRPA, the judicial procedure is automatic following the issuance of a certificate. Another difference is that the decision on appeal under the SATA is the Minister's review of the appellant's status as a listed person while the decision reviewed by the designated judge under the IRPA is the issuance of the certificate itself by two ministers. In addition, the judicial procedure under the SATA is an "appeal" while the procedure under the IRPA was described by former Chief Justice McLachlin as a "judicial review" in *Harkat (2014)*, at paragraph 2.

[133] However, despite these differences, the designated judge is put in essentially the same position and assigned a similar role. Indeed, under the IRPA, the designated judge is tasked with expeditiously determining whether the certificate is "reasonable" (section 78 and paragraph 83(1)(a)) based on a body of information or evidence that may not be identical to what was before the ministers (see paragraphs 83(1)(h), 83(1)(j), and 83(1)(k)). In both legislative schemes, the decision being reviewed by the Court will have been made without providing the individual in question with a meaningful opportunity to be heard, and the Court must make this decision without the benefit of the full participation of the individual in question given the limits on full disclosure due to national security interests. Moreover, in both legislative schemes, the designated judge is expressly given the power to order substantive action beyond remitting the matter back to the decision maker should the decision under review be found unreasonable. In this regard, the SATA provides that the designated judge may order the appellant to be removed from the SATA list (subsection 16(5)) while the IRPA provides that the designated judge shall quash the certificate if it is deemed unreasonable (section 78).

[134] The foregoing similarities are key in interpreting the role of the designated judge in appeals under the

différences entre les processus établis sous le régime de la LSDA et de la LIPR, respectivement. L'une des principales différences entre ces deux procédures judiciaires est que, dans le cas de la LSDA, son enclenchement est facultatif et lancé par la personne inscrite, tandis que, sous le régime de la LIPR, la procédure judiciaire entre automatiquement en vigueur après la délivrance d'un certificat. Autre différence, la décision portée en appel sous le régime de la LSDA est l'examen que fait le ministre du statut de personne inscrite de l'appellant, tandis que la décision que contrôle le juge désigné sous le régime de la LIPR est la délivrance, par deux ministres, du certificat lui-même. De plus, la procédure judiciaire que prévoit la LSDA est un « appel », tandis que celle que prévoit la LIPR est décrite par l'ancienne juge en chef McLachlin comme un « contrôle judiciaire » dans l'arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 2.

[133] Cependant, malgré ces différences, le juge désigné se trouve essentiellement dans la même situation et se voit attribuer un rôle semblable. En fait, dans le cadre de la LIPR, le juge désigné a pour tâche de déterminer avec célérité si le certificat est « raisonnable » (article 78 et alinéa 83(1)a) en se fondant sur un ensemble de renseignements ou d'éléments de preuve qui ne sont peut-être pas identiques à ceux qui ont été soumis aux ministres (voir les alinéas 83(1)h, j) et k)). Dans les deux régimes législatifs, la décision que contrôle la Cour aura été rendue sans fournir à l'intéressé une possibilité raisonnable d'être entendu, et la Cour doit rendre cette décision sans le bénéfice de la participation pleine et entière de l'intéressé étant donné les limites imposées à la divulgation complète en raison d'intérêts liés à la sécurité nationale. Par ailleurs, les deux régimes législatifs confèrent expressément au juge désigné le pouvoir d'ordonner la prise de mesures importantes, qui dépassent le renvoi de l'affaire au décideur, s'il est conclu que la décision en cause est déraisonnable. À cet égard, la LSDA prévoit que le juge désigné peut ordonner que le nom de l'appellant soit radié de la liste de la LSDA (paragraphe 16(5)), tandis que la LIPR prévoit que le juge désigné doit annuler le certificat si celui-ci est considéré comme déraisonnable (article 78).

[134] Ces similitudes sont importantes pour interpréter le rôle que joue le juge désigné dans un appel interjeté

SATA. Although both legislative schemes may serve different purposes, in each case the designated judge is called upon to adjudicate in an environment where the concerned individual is denied full participation and full disclosure for national security reasons. This in itself is exceptional. Therefore, the role of the designated judge must be adjusted, relative to the conventional role assumed during judicial reviews, so that a fair judicial process may be possible. The differences between these legislative schemes do not diminish in any way the role the designated judge must assume.

[135] The similarities between the appeal under the SATA and the review of the security certificate under the IRPA are most evident when one compares, side by side, the procedure set out at section 16 of the SATA with the procedure in section 83 of the IRPA. To illustrate the many similarities and few differences between these provisions, I have created a chart comparing these provisions.

#### Section 83 of the IRPA

Paragraph 83(1)(a) of the IRPA states that “the judge shall proceed as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit.” It is also stated at section 78 that the designated judge shall “determine whether the certificate is reasonable.”

Paragraph 83(1)(b) of the IRPA provides that the judge shall appoint a special advocate.

#### Section 16 of the SATA

Subsection 16(4) of the SATA requires that the designated judge “must, without delay, determine whether the decision is reasonable on the basis of the information available to the judge.” (subsection 16(4))

No such provision exists in the SATA.

sous le régime de la LSDA. Bien que les deux régimes législatifs puissent servir à des fins différentes, dans chaque cas le juge désigné est appelé à rendre une décision dans un contexte où la personne visée est privée d’une participation et d’une divulgation pleines et entières pour des raisons de sécurité nationale. Ce fait en soi est exceptionnel. Par conséquent, le rôle du juge désigné doit être rajusté par rapport au rôle classique qui est joué lors d’un contrôle judiciaire de façon à ce que le processus judiciaire puisse être équitable. La différence entre ces régimes législatifs n’amointrit nullement le rôle que doit jouer le juge désigné.

[135] Les similitudes entre un appel interjeté sous le régime de la LSDA et un contrôle du certificat de sécurité sous le régime de la LIPR sont des plus évidentes lorsqu’on compare, côte à côte, la procédure décrite à l’article 16 de la LSDA et celle qui est décrite à l’article 83 de la LIPR. Pour illustrer les nombreuses similitudes et les quelques différences entre ces dispositions, j’ai créé un tableau comparatif :

#### Article 83 de la LIPR

L’alinéa 83(1)a) de la LIPR indique : « le juge procède, dans la mesure où les circonstances et les considérations d’équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et selon la procédure expéditive ». Il est également indiqué à l’article 78 que le juge désigné « décide du caractère raisonnable du certificat ».

L’alinéa 83(1)b) de la LIPR dispose que le juge nomme un avocat spécial.

#### Article 16 de la LSDA

Le paragraphe 16(4) de la LSDA prescrit que le juge désigné « [d]ès qu’il est saisi de la demande, [...] décide si la décision est raisonnable compte tenu de l’information dont il dispose » (paragraphe 16(4)).

Aucune disposition de ce genre n’existe dans la LSDA.

Paragraph 83(1)(c) of the IRPA states that, at any time during a proceeding, a judge “may” on their own motion and “shall” on request of the Minister, hear information or other evidence *ex parte* and *in camera* if, in the judge’s opinion, “its disclosure could be injurious to national security or endanger the safety of any person.”

Paragraph 83(1)(d) requires that the judge “ensure the confidentiality of information and other evidence provided by the Minister if, in the judge’s opinion, its disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person”.

Paragraph 83(1)(e) states that “throughout the proceeding, the judge shall ensure that the permanent resident or foreign national is provided with a summary of information and other evidence that enables them to be reasonably informed of the case made by the Minister in the proceeding but that does not include anything that, in the judge’s opinion, would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed”.

Paragraph 16(6)(a) requires that “the judge must, on the request of the Minister, hear information or other evidence in the absence of the public and of the appellant and their counsel if, in the judge’s opinion, its disclosure could be injurious to national security or endanger the safety of any person”.

Contrary to the IRPA, the judge cannot hold an *ex parte* and *in camera* hearing on their own motion.

Paragraph 16(6)(b) is nearly identical to paragraph 83(1)(d) of the IRPA.

Paragraph 16(6)(c) provides for the same.

L’alinéa 83(1)(c) de la LIPR indique que le juge « peut d’office » et « doit [...] à chaque demande du ministre » entendre des renseignements ou d’autres éléments de preuve *ex parte* et à huis clos si, selon lui, leur « divulgation [...] pourrait porter atteinte [...] à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui ».

L’alinéa 83(1)(d) exige que le juge « [garantisse] la confidentialité des renseignements et autres éléments de preuve que lui fournit le ministre et dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui ».

L’alinéa 83(1)(e) indique que « [le juge] veille tout au long de l’instance à ce que soit fourni à l’intéressé un résumé de la preuve qui ne comporte aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui et qui permet à l’intéressé d’être suffisamment informé de la thèse du ministre à l’égard de l’instance en cause ».

L’alinéa 16(6)(a) prévoit qu’« à la demande du ministre, le juge doit tenir une audience à huis clos et en l’absence de l’appellant et de son conseil dans le cas où la divulgation des renseignements ou autres éléments de preuve en cause pourrait porter atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui ».

Contrairement à la LIPR, le juge ne peut tenir d’office une audience *ex parte* et à huis clos.

L’alinéa 16(6)(b) est quasi identique à l’alinéa 83(1)(d) de la LIPR.

L’alinéa 16(6)(c) prévoit la même chose.

<p>Paragraph 83(1)(j) states that the “judge shall not base a decision on information or other evidence provided by the Minister, and shall return it to the Minister, if the judge determines that it is not relevant or if the Minister withdraws it”. Moreover, paragraph 83(1)(f) requires that the judge ensure the confidentiality of this withdrawn information or evidence.</p>	<p>Paragraphs 16(6)(g) and 16(6)(h) set out identical duties for the designated judge in appeals under the SATA, as compared to the IRPA.</p>	<p>L’alinéa 83(1)(j) indique que le juge « ne peut fonder sa décision sur les renseignements et autres éléments de preuve que lui fournit le ministre et les remet à celui-ci s’il décide qu’ils ne sont pas pertinents ou si le ministre les retire ». Par ailleurs, l’alinéa 83(1)(f) indique qu’il incombe au juge de garantir la confidentialité des renseignements et des autres éléments de preuve retirés.</p>	<p>Les alinéas 16(6)(g) et h) comportent des obligations identiques que celles du juge agissant dans le cadre de la LIPR pour le juge désigné dans le cadre des appels interjetés sous le régime de la LSDA.</p>
<p>The designated judge “shall” quash the certificate if it is found to be unreasonable (section 78).</p>	<p>The designated judge “may” order that the appellant’s name be removed from the list if the Minister’s decision is found to be unreasonable (subsection 16(5)).</p>	<p>Le juge désigné « <u>annule</u> » le certificat s’il ne peut conclure qu’il est raisonnable (article 78).</p>	<p>Le juge désigné « <u>peut</u> » ordonner la radiation du nom de l’appelant de la liste s’il conclut que la décision du ministre n’est pas raisonnable (paragraphe 16(5)).</p>
<p>Paragraph 83(1)(g) requires that the judge provide the concerned individual and the Minister with an opportunity to be heard.</p>	<p>The SATA requires the same at paragraph 16(6)(d).</p>	<p>L’alinéa 83(1)(g) exige que le juge donne à l’intéressé et au ministre la possibilité d’être entendus.</p>	<p>La LSDA exige la même chose à l’alinéa 16(6)(d).</p>
<p>Paragraph 83(1)(h) permits the judge to “receive into evidence anything that, in the judge’s opinion, is reliable and appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base a decision on that evidence.”</p>	<p>The SATA provides the judge with an identical discretionary power at paragraph 16(6)(e).</p>	<p>L’alinéa 83(1)(h) permet au juge de « recevoir et admettre en preuve tout élément — même inadmissible en justice — qu’il estime digne de foi et utile et peut fonder sa décision sur celui-ci ».</p>	<p>La LSDA confère au juge un pouvoir discrétionnaire identique à l’alinéa 16(6)(e).</p>



Paragraph 83(1)(i) gives the judge the discretionary ability to “base a decision on information or other evidence even if a summary of that information or other evidence is not provided to the permanent resident or foreign national.”

Paragraph 83(1)(k) states that “the judge shall not base a decision on information that the Minister is exempted from providing to the special advocate, shall ensure the confidentiality of that information and shall return it to the Minister.”

An appeal to the Federal Court of Appeal can be made only if the judge certifies that a serious question of general importance is involved. However, no interlocutory appeals may be made during the proceedings (section 79). Notwithstanding the foregoing, the Minister may appeal “any decision made in the proceeding requiring the disclosure of information or other evidence if, in the Minister’s opinion, the disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person” (subsection 79.1(1)).

The SATA provides for an identical power at paragraph 16(6)(f).

No such provision exists in the SATA as this legislative scheme does not explicitly provide for the appointment of a special advocate.

The Federal Court’s decision may be appealed to the Federal Court of Appeal (section 17).

L’alinéa 83(1)i accorde au juge la possibilité discrétionnaire de « fonder sa décision sur des renseignements et autres éléments de preuve même si un résumé de ces derniers n’est pas fourni à l’intéressé ».

L’alinéa 83(1)k indique que « [le juge] ne peut fonder sa décision sur les renseignements que le ministre n’a pas fournis à l’avocat spécial en raison de l’exemption et il lui incombe de garantir la confidentialité de ces renseignements et de les remettre au ministre ».

Un appel ne peut être interjeté auprès de la Cour d’appel fédérale que si le juge certifie qu’une question grave de portée générale est en cause. Cependant, aucun appel interlocutoire ne peut être interjeté au cours de l’instance (article 79). Malgré ce qui précède, le ministre peut porter en appel « toute décision rendue en cours d’instance et exigeant la divulgation de renseignements ou autres éléments de preuve qui porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui » (paragraphe 79.1(1)).

La LSDA prévoit un pouvoir identique à l’alinéa 16(6)f.

Aucune disposition de cette nature n’existe dans la LSDA, car ce régime législatif ne prévoit pas explicitement la nomination d’un avocat spécial.

La décision de la Cour fédérale peut être portée en appel auprès de la Cour d’appel fédérale (article 17).

[136] As this comparative table shows, the similarities are much more striking than the differences. The principal differences are: (1) the absence of special advocate provisions in the SATA; (2) designated judges cannot, on their own motion, call for an *ex parte* and *in camera* hearing in the SATA; and (3) the possibility of appeal to the Federal Court of Appeal is unrestricted by the provisions of the SATA.

[137] That being said, the primary difference is the absence of special advocate provisions in the SATA, as compared to the IRPA. Instead, as we will see below, it was Parliament's intent to rely on the designated judge's inherent power to appoint an *amicus curiae* to serve as a substantial substitute (see paragraphs 180 to 194 below).

[138] For the sake of an exhaustive comparison, it is equally important to note that the procedure set out in both legislative schemes does not explicitly require separate and distinct disclosure and merit phases. Contrary to what the respondent asserts, this is simply absent from these legislative schemes. In fact, in my experience with IRPA certificate cases, the disclosure and merit issues of a case are often intertwined. This does not mean that a designated judge cannot structure the case before them in two distinct phases as it is their prerogative to do so—it is just not mandatory.

[139] To conclude, a minutiose comparison of both statutes confirms that the designated judge must assume essentially the same “gatekeeper role” under the SATA, as they are required to assume under the IRPA. This necessarily contemplates that the designated judge assume an active and interventionist role throughout the entire SATA appeal process. As we have seen, former Chief Justice McLachlin made it clear in *Harkat* (2014), at paragraphs 45–47, that even with the appointment of a special advocate, the role of the designated judge must not be diminished in any way. In the present case, I ordered the appointment of the *amici curiae* and provided them with a

[136] Comme l'illustre ce tableau comparatif, les similitudes sont nettement plus frappantes que les différences. Les principales différences sont les suivantes : 1) l'absence de dispositions relatives aux avocats spéciaux dans la LSDA; 2) les juges désignés ne peuvent pas, d'office, demander la tenue d'une audience *ex parte* et à huis clos sous le régime de la LSDA; 3) la possibilité d'interjeter appel auprès de la Cour d'appel fédérale n'est pas restreinte par les dispositions de la LSDA.

[137] Cela dit, la principale différence est l'absence de dispositions relatives aux avocats spéciaux dans la LSDA, contrairement à la LIPR. Comme nous le verrons plus loin, l'intention du législateur était plutôt de se fonder sur le pouvoir inhérent du juge désigné de nommer un *amicus curiae* qui servirait à « remplacer pour l'essentiel » l'appelant (voir les paragraphes 180 à 194 ci-dessous).

[138] Pour que la comparaison soit exhaustive, il est également important de signaler que la procédure décrite dans les deux régimes législatifs n'exige pas explicitement des étapes séparées et distinctes pour la divulgation et le fond. Contrairement à ce qu'affirme l'intimé, cette exigence n'existe tout simplement pas dans ces régimes législatifs. En fait, selon l'expérience que j'ai acquise en matière d'affaires de certificat relevant de la LIPR, les questions relatives à la divulgation et au fond sont souvent étroitement liées. Cela ne veut pas dire que le juge désigné ne peut pas structurer l'affaire qui lui est soumise en deux étapes distinctes, car il a le droit le plus strict de le faire. Cette division n'est tout simplement pas impérative.

[139] En conclusion, une comparaison minutieuse des deux lois confirme que le juge désigné doit jouer essentiellement le même « rôle de gardien » dans le cadre de la LSDA que celui qu'il est tenu de jouer dans le cadre de la LIPR. Le législateur a nécessairement envisagé que le juge désigné joue un rôle actif et interventionniste tout au long du processus d'appel prévu par la LSDA. Comme nous l'avons vu, l'ancienne juge en chef McLachlin a clairement indiqué dans l'arrêt *Harkat* (2014), aux paragraphes 45 à 47, que même la nomination d'un avocat spécial ne doit nullement amoindrir le rôle du juge désigné. En l'espèce, j'ai ordonné la nomination des *amici*

particular mandate that aspires to complement the role of the designated judge in these proceedings. We now transition to the heart of the preliminary questions currently before the Court: the role of the *amici curiae* in these appeals.

C. THE ROLE OF THE AMICI CURIAE—A  
COMPLEMENT TO THE DESIGNATED JUDGE

[140] Despite the assumption of a “gatekeeper” role by a designated judge when an individual’s Charter rights, notably section 7 rights, are at play and that full disclosure and full participation is impossible due to national security interests, the Supreme Court of Canada has stated that such an active role alone does not ensure a fair judicial process. Indeed, the Supreme Court of Canada found that, in such situations, the designated judge does not constitute a substantial substitute for full disclosure and full participation because the designate judge cannot rely on the ordinary process where evidence is tested and the law is argued to arrive at their conclusion, given the absence of a mechanism to challenge the confidential information or evidence relied upon by the Minister. In *Charkaoui I*, the Supreme Court of Canada was clear that the designated judge is “not in a position to compensate for the lack of informed scrutiny, challenge and counter-evidence that a person familiar with the case could bring” (paragraph 64). For this reason, the Supreme Court of Canada noted that the appointment of third-party counsel in *ex parte* and *in camera* proceedings could serve as a substantial substitute for full disclosure and full participation (paragraphs 70–84). In *Harkat (2014)*, the Supreme Court of Canada found that such a third party, in the form of a special advocates scheme created as a response to *Charkaoui I*, combined with the “gatekeeper” role assigned to the designated judge, provided for a fair judicial process that did not violate the named person’s right to know and meet the case against them, or the right to have a decision made on the facts and the law (*Harkat (2014)*, at paragraphs 45–47 and 110–112).

*curiae* et je leur ai confié un mandat particulier qui vise à compléter le rôle du juge désigné dans la présente instance. Passons maintenant au cœur des questions préliminaires dont la Cour est actuellement saisie : le rôle que jouent les *amici curiae* dans les présents appels.

C. LE RÔLE DES AMICI CURIAE —  
COMPLÉMENTS DU JUGE DÉSIGNÉ

[140] Malgré le rôle de « gardien » que joue le juge désigné dans les cas où les droits que la Charte garantit à un particulier, notamment ceux que confère l’article 7, sont en jeu et le fait qu’il est impossible de procéder à une divulgation et à une participation pleines et entières en raison d’intérêts liés à la sécurité nationale, la Cour suprême du Canada a déclaré que ce rôle actif à lui seul ne garantit pas un processus judiciaire équitable. En fait, la Cour suprême du Canada a conclu que, dans de telles situations, le juge désigné ne remplace pas pour l’essentiel une divulgation et une participation pleines et entières parce que ce juge ne peut pas se fonder sur le processus ordinaire dans le cadre duquel les éléments de preuve sont vérifiés et les éléments de droit sont plaidés pour arriver à sa conclusion, vu l’absence de mécanisme permettant de contester les renseignements ou les éléments de preuve confidentiels dont le ministre s’est servi. Dans l’arrêt *Charkaoui I*, la Cour suprême du Canada a clairement indiqué que le juge désigné « n’est pas en mesure de compenser l’absence d’examen éclairé, de contestation et de contre-preuve par une personne qui serait au fait de la cause » (au paragraphe 64). Pour cette raison, la Cour suprême du Canada a indiqué que la nomination d’avocats tiers dans le cadre d’une instance *ex parte* et à huis clos pourrait servir à remplacer pour l’essentiel une divulgation et une participation pleines et entières (aux paragraphes 70 à 84). Dans l’arrêt *Harkat (2014)*, la Cour suprême du Canada a conclu que l’existence d’une telle tierce partie, sous la forme du régime des avocats spéciaux créé en réponse à l’arrêt *Charkaoui I*, ainsi que d’un juge désigné qui a un rôle de « gardien », permettait de disposer d’un processus judiciaire équitable qui ne portait pas atteinte au droit de la personne nommée d’être informée des allégations qui pesaient contre elle et d’avoir la possibilité d’y répondre, ni au droit que l’on rende une décision fondée sur les faits et le droit applicables (arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 45 à 47 et 110 à 112).

[141] In essence, what can be drawn from *Charkaoui I* and *Harkat (2014)* is that, given the strict limits on disclosure imposed in the SATA, similar to the IRPA, a fair judicial process requires not only that the designated judge assume a “gatekeeper” role in appeals under the SATA but also that a third-party counsel in *ex parte* and *in camera* proceedings be named in order to provide the appellant with a substantial substitute to full disclosure and full participation.

[142] This discussion below will therefore: (1) expand on the jurisprudence concerning third-party counsel in *ex parte* and *in camera* proceedings and their role as substantial substitutes; (2) canvass the general principles pertaining to *amici curiae*; and (3) analyze the appointment and the role and powers of the *amici curiae* in these appeals.

[143] However, it is important to mention that, as we are at the preliminary stages of these appeals, this decision aims to set out the role of the *amici curiae* in light of the Charter rights at play according to what is alleged in the appellants’ notices of appeal. The constitutionality of the SATA scheme, in particular whether the *amici curiae* serve as an adequate substantial substitute in the circumstances, will be decided at a later stage of these appeals. For now, my role as a designated judge is to take note of the Charter interests and craft a fair judicial process within the limits of the Court’s jurisdiction, keeping in mind the nature of the *amicus curiae* and the parameters imposed by the SATA.

(1) Third-Party Counsel in *Ex Parte* and *In Camera* Proceedings

[144] As a brief reminder, the Supreme Court of Canada in *Charkaoui I* found that the former version of the IRPA engaged the individual’s interests protected in section 7 of the Charter, being life, liberty and security of the person. It then proceeded to conclude that the scheme did not provide a fair judicial process because there was no substantial substitute for the individual’s right to be

[141] Il ressort essentiellement des arrêts *Charkaoui I* et *Harkat (2014)* que, compte tenu des limites strictes qu’impose la LSDA en matière de divulgation, comme le fait la LIPR, la tenue d’un processus judiciaire équitable exige non seulement que le juge désigné joue un rôle de « gardien » dans le cadre des appels interjetés sous le régime de la LSDA, mais aussi que, dans les instances *ex parte* et à huis clos, un avocat tiers soit nommé afin d’offrir à l’appelant une solution de rechange qui vise à remplacer pour l’essentiel la divulgation et la participation pleines et entières.

[142] Par conséquent, l’analyse qui suit 1) élabore la jurisprudence concernant les avocats tiers qui prennent part aux instances *ex parte* et à huis clos ainsi que le rôle de ces derniers en tant que solution de rechange pour remplacer pour l’essentiel les droits niés, 2) passe en revue les principes généraux qui concernent les *amici curiae* et 3) analyse la nomination ainsi que le rôle et les pouvoirs des *amici curiae* dans les présents appels.

[143] Il est toutefois important de mentionner que, comme nous nous trouvons aux stades préliminaires des appels, la présente décision vise à énoncer le rôle que jouent les *amici curiae* dans le contexte des droits garantis par la Charte qui sont en jeu conformément à ce qui est allégué dans les avis d’appel des appelants. La constitutionnalité du régime de la LSDA, notamment la question de savoir si les *amici curiae* constituent une solution de rechange adéquate dans les circonstances sera décidée à un stade ultérieur. Pour l’heure, mon rôle, en tant que juge désigné, consiste à prendre note des droits garantis par la Charte et à structurer un processus judiciaire équitable dans les limites de la compétence de la Cour, tout en gardant à l’esprit la nature de la fonction d’*amicus curiae* et les paramètres qu’impose la LSDA.

1) Les avocats tiers dans les instances *ex parte* et à huis clos

[144] À titre de bref rappel, dans l’arrêt *Charkaoui I*, la Cour suprême du Canada a conclu que l’ancienne version de la LIPR mettait en cause les droits individuels que protège l’article 7 de la Charte, soit la vie, la liberté et la sécurité de la personne. Elle a ensuite conclu que le régime n’assurait pas un processus judiciaire équitable, car rien ne remplaçait pour l’essentiel le droit

informed of the case against them and to respond to that case (*Charkaoui I*, at paragraph 139). Without this, the Supreme Court found that the process was not fair, as the named person was not provided with the necessary information, or a substantial substitute, to be able to contradict errors, identify omissions, challenge the credibility of informants, or refute false allegations (*Charkaoui I*, at paragraphs 53–64). The Court observed that despite having an active and interventionist role, the designated judge, without more, could not ensure that their decision was based on all of the relevant information and evidence given that the individual's interests are not represented in the *ex parte* and *in camera* portions of the proceedings where the Minister's confidential information or other evidence is heard (*Charkaoui I*, at paragraphs 48–52). In other words, the Supreme Court found that a complement to the designated judge was necessary to ensure a fair judicial process, even when the designated judge assumes a gatekeeper role.

[145] The Court went on to consider whether the violation of section 7 of the Charter could be justified under section 1 of the Charter. On this point, the Court concluded that the legislative scheme's lack of substantial substitute did not minimally impair the rights of the named persons and thus could not be saved under section 1 of the Charter. The Court grounded this finding in the fact that less intrusive alternatives existed and went on to review some of these alternatives (*Charkaoui I*, at paragraph 69).

[146] In *Charkaoui I*, the Court canvassed different possible substitutes. First, it pointed to section 38 of the *Canada Evidence Act* as an example of a less intrusive alternative that strikes a better “balance between the need for protection of confidential information and the rights of the individual” by giving the designated judge the discretion to disclose certain information if they believe that the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure (*Charkaoui I*, at paragraph 77). This alternative was not chosen by the legislator in the

qu'avait la personne d'être informée des allégations qui pesaient contre elle et d'avoir la possibilité d'y répondre (arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 139). La Cour suprême a conclu que, sans cela, le processus n'était pas équitable, car la personne nommée n'avait pas en main les renseignements nécessaires, ou un substitut important, pour pouvoir contredire des erreurs, relever des omissions, contester la crédibilité d'informateurs ou réfuter de fausses allégations (arrêt *Charkaoui I*, aux paragraphes 53 à 64). La Cour a fait remarquer qu'en dépit de son rôle actif et interventionniste, le juge désigné, sans plus, ne pouvait pas garantir que sa décision était fondée sur tous les renseignements et tous les éléments de preuve pertinents, vu que les droits de la personne n'étaient pas représentés dans les parties *ex parte* et à huis clos de l'instance où l'on entendait les renseignements ou les autres éléments de preuve confidentiels du ministre (arrêt *Charkaoui I*, aux paragraphes 48 à 52). Autrement dit, la Cour suprême a conclu qu'il fallait un complément au juge désigné pour garantir un processus judiciaire équitable, même dans les cas où le juge désigné jouait un rôle de gardien.

[145] La Cour a ensuite examiné la question de savoir si le fait de porter atteinte à l'article 7 de la Charte pouvait se justifier au regard de l'article premier de la Charte. Sur ce point, elle a conclu que l'absence de solution de rechange pour remplacer pour l'essentiel les droits niés dans le régime de la loi ne constituait pas une atteinte minimale au droit des personnes nommées et que ce régime ne pouvait donc pas être sauvegardé par l'article premier de la Charte. La Cour a fondé cette conclusion sur le fait qu'il existait des solutions moins attentatoires et elle a ensuite examiné quelques-unes d'entre elles (arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 69).

[146] Dans l'arrêt *Charkaoui I*, la Cour a passé en revue différentes solutions de rechange possibles. Premièrement, elle a donné l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* comme exemple d'une solution de rechange moins attentatoire qui permettait d'établir un plus juste « équilibre [...] entre la nécessité de protéger les renseignements confidentiels et les droits des individus » en accordant au juge désigné le pouvoir discrétionnaire de communiquer certains renseignements s'il croyait que l'intérêt du public à l'égard de la communication l'emportait sur

SATA as paragraph 16(6)(b) makes non-disclosure mandatory if it meets certain confidentiality criteria.

[147] Concerning the third-party counsel in *ex parte* and *in camera* proceedings alternative, the Court listed several examples where they have been used as a substantial substitute to strike a better balance between the demands of national security and the rights of individuals. For instance, the Court pointed to the use of a panel of independent security cleared lawyers acting as counsel to the Security Intelligence Review Committee in order to represent the interests of non-citizens during *ex parte* and *in camera* portions of proceedings (*Charkaoui I*, at paragraphs 71–77). The Court also noted that during the Arar Inquiry, the “Commissioner was assisted by independent security-cleared legal counsel with a background in security and intelligence, whose role was to act as *amicus curiae* on confidentiality applications” in order to balance these conflicting concerns (*Charkaoui I*, at paragraph 79). Finally, the Court also relied on the Special Advocate system employed by the Special Immigration Appeals Commission in the United Kingdom as an example of a less intrusive alternative (*Charkaoui I*, at paragraphs 80–84). Parliament’s answer to *Charkaoui I* was ultimately to opt for a special advocate scheme, which was reviewed at length by the Supreme Court of Canada in *Harkat (2014)*, where the Court found that it provided the substantial substitute that procedural fairness required in the circumstances (*Harkat (2014)*, at paragraphs 47, 67–73 and 77).

[148] That being said, if one reads *Harkat (2014)* and *Charkaoui I* carefully, they do not stand for the position that only a special advocate can fulfill the role of a substantial substitute in the context of national security. The establishment of a special advocate scheme was

l’intérêt du public à l’égard de la non-communication (arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 77). Dans la LSDA, le législateur n’a pas retenu cette solution de rechange, car l’alinéa 16(6)b rend la non-communication obligatoire si elle répond à certains critères de confidentialité.

[147] Pour ce qui est de la solution de rechange d’un avocat tiers dans le cadre d’une instance *ex parte* et à huis clos, la Cour a donné plusieurs exemples où cette formule a été employée comme solution de rechange pour remplacer pour l’essentiel les droits niés de manière à trouver un plus juste équilibre entre les exigences de la sécurité nationale et les droits des particuliers. Par exemple, elle a mentionné le recours à un groupe d’avocats indépendants ayant les habilitations de sécurité voulues et chargé de conseiller le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité de manière à représenter les droits de non-citoyens lors des volets « *ex parte* » et « à huis clos » d’une instance (arrêt *Charkaoui I*, aux paragraphes 71 à 77). La Cour a également signalé que pendant la Commission Arar, le « commissaire bénéficiait de l’assistance d’un conseiller juridique indépendant, ayant une habilitation de sécurité et de l’expérience en matière de renseignement et de sécurité, qui devait agir en qualité d’*amicus curiae* relativement aux demandes fondées sur la confidentialité » de façon à mettre en équilibre ces préoccupations contradictoires (arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 79). Enfin, la Cour s’est également fondée sur le système des avocats spéciaux auquel recourt la Special Immigration Appeals Commission au Royaume-Uni, qu’elle a cité comme exemple d’une solution de rechange moins attentatoire (arrêt *Charkaoui I*, aux paragraphes 80 à 84). La réponse du législateur à l’arrêt *Charkaoui I* a consisté en fin de compte à opter pour un système d’avocats spéciaux, que la Cour suprême du Canada a analysé en détail dans l’arrêt *Harkat (2014)*, où elle a conclu qu’il offrait la solution de rechange remplaçant pour l’essentiel les droits niés que l’équité procédurale exigeait dans les circonstances (arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 47, 67 à 73 et 77).

[148] Cela dit, si on les lit avec soin, les arrêts *Harkat (2014)* et *Charkaoui I* n’étaient pas la thèse voulant que seul un avocat spécial puisse jouer le rôle d’une solution de rechange valable dans le contexte de la sécurité nationale. L’établissement d’un système

only one of the less intrusive alternatives identified by the Supreme Court of Canada in *Charkaoui I*, which Parliament decided to adopt. In fact, former Chief Justice McLachlin explicitly points to the appointment of *amici curiae* during the Arar Commission as a potentially less intrusive substantial substitute, being the late Honourable Mr. Ron Atkey (an individual with a wide range of experience in matters of national security) and Mr. Gordon Cameron. See *Charkaoui I*, at paragraph 79 and Canada, Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar, *Report of the Events Relating to Maher Arar [Analysis and Recommendations]* (Ottawa: The Commission, 2006).

[149] In the absence of a special advocate scheme in the SATA, and a clear indication by former Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, the Honourable Ralph Goodale, that the designated judge is expected to appoint an *amicus curiae* if the circumstances require it (see full excerpt at paragraph 193), my role as a designated judge required me to appoint the *amici curiae* in these appeals. In turn, this required me to undertake the delicate task of creating a mandate for the *amici curiae* that will complement my role as a designated judge within the limits of my statutory and inherent powers, while ensuring a “substantial substitute” for the appellants to know and meet the case against them. Whether these statutory and inherent powers are sufficient to ensure a fair judicial process is a question for my review of the merits of the Minister’s decision and the constitutionality of the SATA. This will come later in these proceedings.

[150] Therefore, as my order of October 7, 2019, stipulates, two *amici curiae* were appointed, being Mr. Colin Baxter and Mr. Gib Van Ert, to serve as a substantial substitute for the appellants’ full participation and full disclosure, pursuant to *Charkaoui I* and *Harkat (2014)*, in order to assist the Court in fulfilling its duties in appeals under the SATA. I will now undertake a review of

d’avocats spéciaux n’était que l’une des solutions de rechange les moins attentatoires que la Cour suprême du Canada a identifiées dans l’arrêt *Charkaoui I* et que le Parlement a décidé d’adopter. En fait, l’ancienne juge en chef McLachlin indique explicitement que la nomination d’*amici curiae*, soit feu l’honorable Ron Atkey (un homme ayant une vaste expérience en matière de sécurité nationale) et M. Gordon Cameron, pendant les travaux de la Commission Arar avait été une solution de rechange valable potentiellement moins attentatoire. Voir l’arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 79, ainsi que le document intitulé « Canada, Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations* (Ottawa : La Commission, 2006) ».

[149] En l’absence d’un système d’avocats spéciaux dans la LSDA ainsi que d’une indication claire de la part de l’ancien ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, l’honorable Ralph Goodale, selon laquelle on s’attend à ce que le juge désigné nomme un *amicus curiae* si les circonstances l’exigent (voir l’extrait complet au paragraphe 193), mon rôle en tant que juge désigné m’obligeait à nommer les *amici curiae* dans les présents appels. Par ailleurs, cela m’obligeait à entreprendre la délicate tâche de créer, pour ces *amici curiae*, un mandat qui complèterait mon rôle de juge désigné, dans les limites de mes pouvoirs inhérents et législatifs, tout en veillant à ce que les appelants bénéficient d’une « solution de rechange valable » pour qu’ils puissent être informés de la preuve qui pèse contre eux et y répondre. La question de savoir si ces pouvoirs inhérents et législatifs sont suffisants pour garantir la tenue d’un processus judiciaire équitable est une question sur laquelle je me pencherai lors de mon examen du fond de la décision du ministre et de la constitutionnalité de la LSDA. Il en sera question plus tard dans la présente instance.

[150] Par conséquent, comme le prévoit mon ordonnance du 7 octobre 2019, deux *amici curiae* ont été nommés, soit M. Colin Baxter et M. Gib Van Ert, qui remplaceront pour l’essentiel la participation et la divulgation pleines et entières auxquelles ont droit les appelants, conformément aux arrêts *Charkaoui I* et *Harkat (2014)*, de façon à aider la Cour à s’acquitter de

the general legal principles relating to the role of *amici curiae*, the Court's jurisdiction to appoint *amici curiae* in appeals under the SATA, and the role they are to undertake in these appeals.

(2) The *Amicus Curiae* and the Inherent Jurisdiction of the Court

[151] At the outset, I note that courts have increasingly relied on *amici curiae* when put in positions where certain critical perspectives are absent, both in criminal and civil proceedings. Unusual situations arise where courts must call upon a friend of the court for assistance. In national security proceedings, the use of *amici curiae* in such situations has increased exponentially since 9/11, nearly 20 years ago. A brief review of the history of the *amici curiae* will help us understand this developing trend.

[152] *Amici curiae* have occupied a role in our judicial system for hundreds of years. The common law origins of this Latin term, which literally translates to “friend[s] of the court”, dates back to the fourteenth century where the common law courts of England would receive assistance from *amici curiae* to preserve the “honour of the court” by helping it deliver justice and continue the rational development of the law in the public interest. Its role has since been a staple in common law jurisdictions throughout the world, including Canada, where this common law tradition has been received. Today, there remains no doubt as to its ongoing acceptance. See *Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3 (*Criminal Lawyers’ Association of Ontario*), at paragraphs 44–45 and S. Chandra Mohan, “The *Amicus Curiae*: Friends No More?”, [2010] 12 *S.J.L.S.* 352.

[153] The Court's jurisdiction to appoint an *amicus curiae* is inherent. It is grounded in the Court's “authority

ses obligations dans le cadre des appels interjetés sous le régime de la LSDA. Je vais maintenant examiner les principes juridiques généraux qui se rapportent au rôle des *amici curiae*, la compétence qu’a la Cour de nommer des *amici curiae* dans le cadre des appels interjetés sous le régime de la LSDA, ainsi que le rôle que ces derniers doivent jouer dans ces appels.

2) Les *amicus curiae* et la compétence inhérente de la Cour

[151] Je signale tout d’abord que les tribunaux se fondent de plus en plus sur les services d’*amici curiae* lorsqu’ils se retrouvent dans une situation où certains points de vue cruciaux ne sont pas présentés, et ce, tant dans des affaires pénales que civiles. Il survient des situations inusitées dans lesquelles les tribunaux doivent faire appel à un « ami de la cour ». Dans les instances relatives à la sécurité nationale, le recours à des *amici curiae* dans de telles situations s’est accru de manière exponentielle depuis le 11 septembre 2001, il y a près de 20 ans. Un bref survol de l’historique des *amici curiae* nous aidera à comprendre l’essor de ce recours.

[152] Les *amici curiae* jouent un rôle au sein de notre système de justice depuis des centaines d’années. Les origines en common law de cette expression latine, qui se traduit littéralement par « ami[s] de la Cour », remontent au XIV<sup>e</sup> siècle, époque où les tribunaux de common law d’Angleterre bénéficiaient de l’aide d’*amici curiae* afin de préserver l’« honneur de la cour » en aidant cette dernière à rendre justice et à poursuivre l’évolution rationnelle du droit dans l’intérêt du public. La fonction d’*amicus curiae* constitue depuis lors un outil de première importance dans les pays de common law du monde entier, dont le Canada, où cette tradition de common law a été accueillie. De nos jours, l’importance de cette fonction continue d’être reconnue. Voir l’arrêt *Ontario c. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3 (arrêt *Criminal Lawyers’ Association of Ontario*), aux paragraphes 44 et 45 et S. Chandra Mohan, « The *Amicus Curiae* : Friends No More? », [2010] 12 *S.J.L.S.* 352.

[153] La nomination des *amici curiae* fait partie de la compétence inhérente de la Cour. Elle repose sur le



to control its own process and function as a court of law” (*Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, at paragraph 46). As the Supreme Court of Canada noted in *Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, this authority is linked to a court’s authority to “request its officers, particularly the lawyers to whom the court afforded exclusive rights of audience, to assist its deliberations” (*Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, at paragraph 46 citing B. M. Dickens, “A Canadian Development: Non-Party Intervention”, [1977] 40 *Mod. L. Rev.* 666, at page 671). Nonetheless, the Supreme Court of Canada has also specified that *amici curiae* must only be appointed when their assistance is essential to a judge’s ability to discharge their judicial functions in the case before them and should only be used in response to “specific and exceptional circumstances” (*Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, at paragraph 47).

[154] In essence, the role of an *amicus curiae* is to serve the Court. Their client—the judge. An *amicus curiae*’s mandate varies according to the circumstances as their role and responsibilities are dependent on the judge who appoints them. However, the role of an *amicus curiae* has generally been to “represent interests that are not represented before the court, to inform the court of certain factors it would not otherwise be aware of, or to advise the court on a question of law”. See *Telbani*, at paragraph 27.

[155] For instance, pursuant to subsection 53(7) of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, which codifies this inherent power to appoint *amici curiae*, the Supreme Court of Canada has appointed *amici curiae* on many occasions to represent interests that are affected by the case before it and with respect to which counsel does not appear (see *Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, at paragraph 45 and footnote 4). One of the most notable cases being the *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385, where the province of Quebec chose not to participate in the reference. In that case, the Supreme Court of Canada named Mr. André Joli-Coeur of Québec City, and his team of lawyers, to argue that Québec could unilaterally secede

pouvoir de la Cour de « faire respecter sa propre procédure et [...] constituer une cour de justice » (arrêt *Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, au paragraphe 46). Comme l’a signalé la Cour suprême du Canada dans cet arrêt, ce pouvoir est lié à celui qu’a un tribunal de « demander aux auxiliaires de justice, en particulier les avocats auxquels elle accorde le droit exclusif de plaider devant elle, de l’aider dans l’accomplissement de sa tâche » (arrêt *Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, au paragraphe 46, citant B. M. Dickens, « A Canadian Development : Non-Party Intervention », [1977] 40 *Mod. L. Rev.* 666, à la page 671). Néanmoins, la Cour suprême du Canada a également précisé que les *amici curiae* ne doivent être nommés que dans les cas où leur aide est essentielle à la capacité qu’a un juge de s’acquitter de ses fonctions judiciaires dans l’affaire dont il est saisi et qu’il n’y a lieu de recourir à cette option qu’en réponse à une « situation particulière et exceptionnelle » (arrêt *Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, au paragraphe 47).

[154] L’*amicus curiae* a essentiellement pour rôle de servir la Cour. Son client est le juge. Son mandat varie en fonction des circonstances, car son rôle et ses responsabilités dépendent du juge qui le nomme. Cependant, son rôle consiste habituellement à « représenter les intérêts qui ne sont pas représentés devant la cour, à informer cette dernière de certains facteurs dont elle ne serait pas autrement au courant, ou de la conseiller sur une question de droit ». Voir la décision *Telbani*, au paragraphe 27.

[155] Par exemple, conformément au paragraphe 53(7) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, qui codifie ce pouvoir inhérent de nommer des *amici curiae*, la Cour suprême du Canada a nommé des *amici curiae* à de nombreuses reprises pour représenter des intérêts qui sont touchés dans l’affaire qui lui était soumise et à l’égard desquels des avocats ne comparaissent pas (voir l’arrêt *Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, au paragraphe 45, ainsi que la note de bas de page n° 4). L’une des affaires les plus notables est le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, dans laquelle la province du Québec a décidé de ne pas participer au renvoi. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a nommé M<sup>e</sup> André Joli-Cœur, de

from Canada under the Constitution of Canada and under international law, an interest that the Court deemed was affected but not represented before the Court (see *Desjardins, Ducharme, Stein, Monast v. Canada (Department of Finance)*, [1999] 2 F.C. 381, (1998), 159 F.T.R. 129 (T.D.)). See also: *Reference re Quebec Sales Tax*, [1994] 2 S.C.R. 715, (1994), 115 D.L.R. (4th) 449 and *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, (1995), O.R. (3d) 160.

[156] That being said, despite the recognition of the flexibility of an *amicus curiae*'s mandate, which is largely responsive to the circumstances and its role in representing interests that are not before a court, the Supreme Court of Canada has recognized that the nature of the position itself imposes certain inherent limits on an *amicus curiae*'s role. Indeed, there is a recognized line separating the role of an *amicus curiae* and the role of counsel for a party that must not be crossed. This is because an *amicus curiae* plays a “fundamentally different” role as its duty of loyalty lies with the Court rather than a party (*Criminal Lawyers' Association of Ontario*, at paragraph 49). Therefore, a court must avoid giving an *amicus curiae* a mandate that obliges them to take on a solicitor-client role.

[157] As a designated judge since 2002, I can say from experience that the appointment of *amici curiae* in the context of national security is well-established as they are regularly called upon by this Court in designated proceedings to assist in discharging the designated judge's judicial functions in response to the “specific and exceptional circumstances” created by *ex parte* and *in camera* proceedings. Indeed, as the important interests at play in national security often impose serious restrictions on the open court principle, a fundamental pillar of our legal system, this Court has regularly appointed *amici curiae* to help strike an appropriate balance between the public interest in secrecy and the procedural fairness rights of individuals. The importance of engaging *amici curiae* whenever important questions of law arise in the national security context has also been publicly stated by the Chief Justice of the Federal Court in past interviews (see Cristin Schmitz, “Chief Justice shows where line is drawn” *Lawyers Daily* (2 July 2015)).

Québec, ainsi que son équipe d'avocats, pour plaider que le Québec pouvait se séparer unilatéralement du Canada en vertu de la Constitution canadienne et du droit international, intérêt qui, d'après la Cour, était touché mais non représenté devant elle (voir la décision *Desjardins, Ducharme, Stein, Monast c. Canada (Ministère des Finances)*, [1999] 2 C.F. 381 (1<sup>re</sup> inst.)). Voir également les arrêts *Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec*, [1994] 2 R.C.S. 715, et *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

[156] Cela dit, malgré la reconnaissance de la souplesse du mandat de l'*amicus curiae*, lequel dépend en grande partie des circonstances et du rôle qu'il joue pour la représentation des intérêts qui ne sont pas plaidés devant un tribunal, la Cour suprême du Canada a reconnu que la nature de la fonction elle-même impose certaines limites inhérentes au rôle de l'*amicus curiae*. En fait, il existe une ligne de démarcation reconnue entre le rôle de l'*amicus curiae* et celui de l'avocat d'une partie qu'il ne faut pas franchir. Cela s'explique par le fait que l'*amicus curiae* joue un rôle « foncièrement différent », car son obligation de loyauté réside auprès de la Cour plutôt qu'auprès d'une partie (arrêt *Criminal Lawyers' Association of Ontario*, au paragraphe 49). Un tribunal doit donc éviter de conférer à l'*amicus curiae* un mandat qui l'oblige à jouer un rôle d'avocat-client.

[157] En tant que juge désigné depuis 2002, l'expérience que j'ai acquise me permet de dire que la nomination d'*amici curiae* dans le contexte de la sécurité nationale est une pratique bien établie, car ces derniers sont régulièrement appelés par notre Cour, dans le cadre d'instances désignées, pour aider le juge désigné à s'acquitter de ses fonctions judiciaires en réponse à la « situation particulière et exceptionnelle » que crée une instance *ex parte* et à huis clos. En fait, étant donné que les intérêts importants qui sont en jeu sur le plan de la sécurité nationale imposent souvent de sérieuses restrictions au principe de la transparence des procédures judiciaires, lequel constitue un pilier fondamental de notre système de justice, notre Cour a régulièrement nommé des *amici curiae* en vue de trouver un juste équilibre entre l'intérêt public en matière de secret d'État et les droits des individus en matière d'équité procédurale. L'importance de faire appel à des *amici curiae* chaque

[158] For instance, this Court has relied on *amici curiae* to help manage this “clash of the titans” between individual rights and the collective interest in national security in the context of proceedings under section 38 the *Canada Evidence Act*. Despite the absence of any legislative provisions in the *Canada Evidence Act* requiring or permitting the appointment of an *amicus curiae*, it is firmly recognized that this Court has the jurisdiction to do so. In fact, the Federal Court of Appeal has recently noted in *Canada (Attorney General) v. Huang*, 2018 FCA 109, 362 C.C.C. (3d) 87 (*Huang*), at paragraph 36 that:

.... As the Designated Judge pointed out, section 38 of the CEA does not explicitly provide for the possibility to appoint an *amicus*. It is as a matter of judicial discretion that the Federal Court and this Court have developed the practice to appoint an *amicus*, and it is for the court appointing an *amicus* to determine precisely the role and attributions it intends to confer on the *amicus*.

[159] This practice of appointing an *amicus curiae* in proceedings under section 38 of the *Canada Evidence Act* is also confirmed in cases such as: *Telbani*, at paragraph 26; *Ader v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 105, at paragraph 5; *Canada (Attorney General) v. Almaki*, 2011 FCA 54, 331 D.L.R. (4th) 703, at paragraph 20; and *Khadr*, at paragraphs 12–16.

[160] In fact, as Justice Mosley points out in *Khadr*, the existence of the discretion to appoint an *amicus curiae* in the context of a proceeding under section 38 of the *Canada Evidence Act* was a significant factor underpinning the finding in *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FC 490, [2008] 1 F.C.R. 547 (affirmed by *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FCA 388, [2008] 4 F.C.R. 3) that the provisions allowing for *ex parte* and *in camera* hearings under section 38 of

fois qu’il survient des questions de droit importantes dans le contexte de la sécurité nationale a également été publiquement mentionnée par le juge en chef de la Cour fédérale lors d’entrevues antérieures (voir Cristin Schmitz, « Chief Justice shows where line is drawn » *Lawyers Daily* (2 juillet 2015)).

[158] Par exemple, notre Cour a eu recours à des *amici curiae* pour gérer ce « choc des titans » entre les droits individuels et l’intérêt collectif à l’égard de la sécurité nationale dans le contexte d’instances fondées sur l’article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Malgré l’absence de toute disposition législative dans la *Loi sur la preuve au Canada* qui exige ou autorise la nomination d’un *amicus curiae*, il est fermement reconnu que notre Cour a la compétence voulue pour le faire. En fait, la Cour d’appel fédérale a récemment signalé dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Huang*, 2018 CAF 109 (arrêt *Huang*), au paragraphe 36, que :

[...] Comme le juge désigné l’a souligné, l’article 38 de la LPC ne prévoit pas explicitement la possibilité de nommer un *amicus*. C’est dans le cadre de leur pouvoir discrétionnaire que la Cour fédérale et la Cour ont développé la pratique de nommer un *amicus*, et c’est à la cour qui nomme un *amicus* de déterminer précisément le rôle et les attributions qu’elle entend lui conférer.

[159] Cette pratique consistant à nommer un *amicus curiae* dans le cadre d’une instance menée en vertu de l’article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* est également confirmée dans des affaires telles que les suivantes : décision *Telbani*, au paragraphe 26; arrêt *Ader c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 105, au paragraphe 5; arrêt *Canada (Procureur général) c. Almaki*, 2011 CAF 54, au paragraphe 20; et décision *Khadr*, aux paragraphes 12 à 16.

[160] En fait, comme le signale le juge Mosley dans la décision *Khadr*, l’existence du pouvoir discrétionnaire de nommer un *amicus curiae* dans le contexte d’une instance introduite en vertu de l’article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* était un facteur important qui sous-tendait la conclusion tirée dans la décision *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 FC 490, [2008] 1 R.C.F. 547 (conf. par *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CAF 388, [2008] 4 R.C.F. 3), à savoir que les dispositions

the *Canada Evidence Act* were constitutional (*Khadr*, paragraph 12). The scheme at section 38 of the *Canada Evidence Act* was ultimately found to be constitutional by the Supreme Court of Canada in *R. v. Ahmad*, 2011 SCC 6, [2011] 1 S.C.R. 110, in large part due to the flexibility afforded to the judge to exercise their judicial discretion, including the discretion to appoint an *amicus curiae* (see paragraphs 41–50).

[161] The appointment of an *amicus curiae* has also become the practice of this Court in warrants under section 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* when questions of law arise. For instance, in *Canadian Security Intelligence Service Act (Re)*, 2008 FC 300, [2008] 3 F.C.R. 477 (*CSIS Act (Re) (2008)*), despite the absence of any express provision authorizing the appointment of an *amicus curiae*, the Court noted at paragraph 3:

....The need for an *amicus curiae* became evident since the CSIS could not objectively fully represent to the Court all the different points of view that the question of law brings up. It was clearly in the interest of justice that an *amicus curiae* should be appointed by the Court to deal with the opposite point of view presented by the CSIS to support the application for warrants [...].

[162] The presence of an *amicus curiae* can also be observed in subsequent decisions pertaining to warrants under the *Canadian Security Intelligence Service Act* such as: *Sections 16 and 21 of the Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c C-23 (Re)*, 2018 FCA 207; *X (Re)*, 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567; and *X (Re)*, 2014 FCA 249, [2015] 1 F.C.R. 684. This is, of course, not an exhaustive list.

[163] The practice of appointing an *amicus curiae* has also extended to *ex parte* and *in camera* proceedings where privilege is claimed pursuant to section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*. This Court found that a judge's "overriding responsibility to ensure

autorisant la tenue d'audiences *ex parte* et à huis clos en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* étaient constitutionnelles (décision *Khadr*, au paragraphe 12). Le régime que prévoit l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* a finalement été jugé constitutionnel par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110, en grande partie à cause de la souplesse dont bénéficie le juge pour l'exercice de son pouvoir discrétionnaire judiciaire, dont celui de nommer un *amicus curiae* (voir les paragraphes 41 à 50).

[161] La nomination d'un *amicus curiae* est également devenue la pratique adoptée par notre Cour dans le cadre de mandats visés à l'article 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* lorsqu'il se pose des questions de droit. Par exemple, dans la décision *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2008 CF 300, [2008] 3 R.C.F. 477 (décision *Loi SCRS (Re) (2008)*), malgré l'absence de toute disposition explicite autorisant la nomination d'un *amicus curiae*, la Cour a fait remarquer ceci, au paragraphe 3 :

[...] Il est devenu évident qu'il fallait un *amicus curiae* car le SCRS ne pouvait objectivement présenter pleinement à la Cour tous les différents points de vue soulevés par la question de droit. L'intérêt de la justice exigeait clairement qu'un *amicus curiae* soit nommé par la Cour afin que puisse être examiné le point de vue opposé à celui présenté par le SCRS à l'appui de la demande de mandats [...].

[162] On peut également constater la présence d'un *amicus curiae* dans des décisions ultérieures concernant des mandats délivrés en vertu de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, comme l'arrêt *Articles 16 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23 (Re)*, 2018 CAF 207, la décision *X (Re)*, 2018 CF 738, [2019] 1 R.C.F. 567 et l'arrêt *X (Re)*, 2014 CAF 249, [2015] 1 R.C.F. 684. Il va sans dire que cette liste n'est pas exhaustive.

[163] La pratique consistant à nommer un *amicus curiae* s'est également étendue aux instances *ex parte* et à huis clos dans le cadre desquelles un privilège est revendiqué en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*. Notre

fairness and the proper administration of justice” justifies the appointment of an *amicus curiae* in *X (Re)* (2017), at paragraph 32. The Federal Court of Appeal also confirmed this practice in *Section 18.1 of the Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, as amended (Re)*, 2018 FCA 161, [2019] 2 F.C.R. 333 (*Section 18.1 CSIS Act (Re)*), at paragraphs 41–47, 53 and 56–57.

[164] In this array of circumstances where it has become the practice of this Court to appoint an *amicus curiae* in the context of designated proceedings, *amici curiae* are called upon to occupy a role that is unique and exceptional to the national security context. The Court has turned to the use of *amici curiae* in the context of national security to help designated judges fulfill their statutory duties in a manner that upholds the judge’s overarching duty to ensure a fair judicial process.

[165] Nevertheless, in the context of national security, the *amicus curiae*’s mandate remains to be sculpted by the respective judge who appoints them. Therefore, an *amicus curiae*’s mandate may vary from one case to the next according to what is required to fulfill a designated judge’s statutory duties and overarching duty to ensure procedural fairness in the matter at hand. See *Telbani*, at paragraph 31 and *Huang*, at paragraph 36.

[166] That being said, seeing as *ex parte* and *in camera* proceedings inherently exclude concerned parties, the mandates of *amici curiae* have therefore largely been focused on providing the Court with the interests of the excluded party who does not have access to certain confidential information. This was observed by Justice Mosley in *Khadr*, at paragraph 32:

Similarly, I am of the view that in the context of a section 38 application related to a criminal proceeding, such as in the present case, an *amicus* appointed by the Court may present the issues favouring the person seeking disclosure of the information during the *ex parte* portion of the proceedings and may be said in that respect to act for the individual at that stage. But the *amicus* has no solicitor-client relationship with the individual and his

Cour a conclu que la « responsabilité prépondérante [du juge] qui consiste à assurer l’équité et la bonne administration de la justice » justifiait la nomination d’un *amicus curiae* dans la décision *X (Re)* (2017), au paragraphe 32. La Cour d’appel fédérale a également confirmé cette pratique dans l’arrêt *Article 18.1 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, tel que modifié (Re)*, 2018 CAF 161, [2019] 2 R.C.F. 333 (l’arrêt *Article 18.1 de la LSCRS (Re)*), aux paragraphes 41 à 47, 53 et 56 à 57.

[164] Dans cet éventail de situations dans lesquelles il est maintenant d’usage que notre Cour nomme un *amicus curiae* dans le cadre d’une instance désignée, les *amici curiae* sont appelés à jouer un rôle qui, dans le contexte de la sécurité nationale, est unique et exceptionnel. La Cour a eu recours à des *amici curiae* dans le contexte de la sécurité nationale pour aider des juges désignés à s’acquitter de leurs obligations légales d’une manière qui veille au respect de l’obligation générale qu’a le juge d’assurer un processus judiciaire équitable.

[165] Néanmoins, dans le contexte de la sécurité nationale, c’est au juge qui nomme l’*amicus curiae* qu’il appartient de structurer le mandat de ce dernier. Ce mandat peut donc varier d’une affaire à une autre, selon ce qu’il faut pour que le juge désigné s’acquitte de ses obligations légales et de l’obligation générale d’assurer l’équité procédurale dans l’affaire en question. Voir les décisions *Telbani*, au paragraphe 31, et *Huang*, au paragraphe 36.

[166] Cela dit, étant donné qu’une instance *ex parte* et à huis clos exclut intrinsèquement les parties intéressées, les mandats des *amici curiae* sont axés en grande partie sur la présentation à la Cour des intérêts de la partie exclue qui n’a pas accès à certains renseignements confidentiels. C’est ce qu’a fait remarquer le juge Mosley, dans la décision *Khadr*, au paragraphe 32 :

De même, je crois que dans le contexte d’une demande présentée en vertu de l’article 38 en rapport avec une instance criminelle, comme en l’espèce, un *amicus* nommé par la Cour peut soulever des questions favorisant la personne qui demande la divulgation des renseignements durant la partie *ex parte* de l’instance et peut être considéré à cet égard comme représentant la personne à ce stade. Mais l’*amicus* n’entretient aucune relation avocat-client

or her role will be to assist the Court in arriving at a just determination of the issues.

[167] In fact, in *Sellathurai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FCA 223, [2012] 2 F.C.R. 243 (*Sellathurai*), Dawson J.A. even found that a failure to consider whether fairness required appointing an *amicus curiae* in the context of *ex parte* and *in camera* proceedings was an error, going as far as suggesting the following mandate according to the circumstances at paragraph 55:

In these circumstances, the appointment of an *amicus*, perhaps authorized by the Court to have discussions with counsel for Mr. Sellathurai before having access to the privileged information, would allow submissions directed to Mr. Sellathurai's concerns to be made to the Court based upon the confidential record. This was a relevant factor the Judge should have considered, and which was not addressed in the jurisprudence the Judge relied upon to reject the appointment of an *amicus*.

[168] However, consistent with the Supreme Court of Canada's statements in *Criminal Lawyers' Association of Ontario*, the jurisprudence in the context of national security is clear that an *amicus curiae*'s mandate cannot cross the line between representing interests that are not before the Court in order to assist the designated judge in fulfilling their duties and representing a party before the Court in designated proceedings. This line is well defined by Justice de Montigny (of this Court at the time) in *Telbani*, at paragraphs 28–31 in the context of an application pursuant to section 38 of the *Canada Evidence Act*:

There is no doubt, however, that the *amicus* is not the accused's lawyer (in a criminal proceeding) or respondent (in a civil proceeding). The role of an *amicus* is not any more analogous to that of a special advocate appointed under section 83 of the IRPA in the context of a security certificate. The role of the *amicus* is to assist the court and ensure the proper administration of justice, and the sole [TRANSLATION] "client" of the *amicus* is the court or the judge that appointed him or her. As Justice Fish (speaking on behalf of the dissenting judges) pointed out in *Ontario v Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43 (at paragraph 87), "[o]nce appointed, the *amicus* is

avec la personne et son rôle consiste à aider la Cour à trancher les questions de façon équitable.

[167] En fait, dans l'arrêt *Sellathurai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CAF 223, [2012] 2 R.C.F. 243 (*Sellathurai*), la juge Dawson a même conclu qu'il était erroné de ne pas examiner si l'équité exigeait la nomination d'un *amicus curiae* dans le contexte d'une instance *ex parte* et à huis clos, allant jusqu'à suggérer le mandat suivant, suivant les circonstances, au paragraphe 55 :

Dans les circonstances, la nomination d'un *amicus*, lequel aurait peut-être été autorisé à parler à l'avocate de M. Sellathurai avant de consulter les renseignements privilégiés, aurait permis à celui-ci de se fonder sur le dossier confidentiel pour présenter des observations relatives aux préoccupations de M. Sellathurai. C'était là un facteur pertinent dont la juge aurait dû tenir compte et que n'aborde pas la jurisprudence sur laquelle elle s'est appuyée pour refuser la nomination d'un *amicus*.

[168] Cependant, conformément à ce que la Cour suprême du Canada a déclaré dans l'arrêt *Criminal Lawyers' Association of Ontario*, il ressort clairement de la jurisprudence relative à la sécurité nationale que le mandat d'un *amicus curiae* ne peut pas franchir la ligne de démarcation entre le fait de représenter des intérêts qui ne sont pas présentés à la Cour dans le but d'aider le juge désigné à s'acquitter de ses fonctions et celui de représenter une partie devant la Cour dans le cadre d'une instance désignée. Cette ligne de démarcation est bien définie par le juge de Montigny (qui siégeait à notre Cour à l'époque) dans la décision *Telbani*, aux paragraphes 28 à 31, et ce, dans le contexte d'une demande présentée en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* :

Il ne fait pas de doute, cependant, que l'*amicus* n'est pas l'avocat de l'accusé (dans une instance criminelle) ou du défendeur (dans une instance civile). Le rôle d'un *amicus* n'est pas davantage assimilable à celui d'un avocat spécial nommé sous l'autorité de l'article 83 de la LIPR dans le contexte d'un certificat de sécurité. Son rôle est de prêter main-forte au tribunal et d'assurer la bonne administration de la justice, et son seul « client » est le tribunal ou le juge qui l'a nommé. Comme le rappelait le juge Fish (s'exprimant au nom des dissidents) dans l'arrêt *Ontario c Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43 (au para 87), « [u]ne fois nommé, l'*amicus* a une

bound by a duty of loyalty and integrity to the court and not to any of the parties to the proceedings”.

It cannot be otherwise if the *amicus* is to be able to fully carry out the role assigned to him or her. Indeed, it is not inconceivable that he or she may be required to raise arguments or points of law that are not necessarily favourable to the accused or the respondent. Indeed, that is the reason that the Supreme Court unanimously concluded in *Criminal Lawyers' Association* that a lawyer appointed as *amicus* who takes on the role of defence counsel is no longer a friend of the court (see paragraphs 56 for the majority and 114 for the minority). Although the Court was divided on the issue of whether a superior court has the inherent power to set rates of remuneration for *amici*, all the judges considered that the role of an *amicus* and that of defence counsel are incompatible. I find that the same is true in a civil proceeding, although the dividing line may not always be so clear cut and the consequences of the blurring of lines may not be as dramatic.

In short, playing a role that may sometimes be opposite to that of the Attorney General does not make the *amicus* a defence counsel or counsel for the civil party. The objective of the *amicus* and the state of mind in which he or she acts is not to assume the role of an advocate for the accused or the respondent, but to provide the Court with insight that it would not otherwise obtain and to assist it in making a decision that is in the best interests of justice. The fact that these interests may converge in certain circumstances does not change anything and merely represents, in a manner of speaking, a marginal benefit resulting from the appointment of *amicus*. He or she must therefore act at all times with transparency, without ever attempting to take counsel for the Attorney General by surprise. The tactics and strategies that defence counsel, and even, in certain circumstances, a special advocate, may properly use are misplaced in a proceeding under section 38 of the *CEA*.

That said, the role of the *amicus* in such a proceeding may be modulated by the judge who appoints him or her to take into account the unique nature of an application under section 38 of the *CEA*. The very nature of the information to which the *amicus* will have access, the seriousness of the issues raised by the balancing of national security and the fairness of the proceedings, and the degree of transparency with which the Attorney General as well as the witnesses called in support of the application discharge their duties, are factors that may lead an *amicus*

obligation de loyauté et d'intégrité envers le tribunal, et non vis-à-vis de l'une ou l'autre des parties à l'instance ».

Il ne saurait d'ailleurs en aller autrement si l'*amicus* doit pouvoir jouer intégralement le rôle qui lui est imparti. En effet, il n'est pas inconcevable qu'il ait à faire valoir des arguments ou des points de droit qui ne soient pas nécessairement favorables à l'accusé ou au défendeur. C'est d'ailleurs pour cette raison que la Cour suprême a unanimement conclu dans l'arrêt *Criminal Lawyers' Association* qu'une fois nommé *amicus*, l'avocat qui accepte de tenir le rôle d'avocat de la défense n'est plus l'ami de la Cour (voir les paragraphes 56 pour la majorité et 114 pour la minorité). Bien que la Cour se soit divisée sur la question de savoir si une cour supérieure a le pouvoir inhérent de fixer le taux de rémunération d'un *amicus*, tous les juges ont considéré que le rôle d'un *amicus* et celui d'un avocat de la défense sont antinomiques. J'estime qu'il en va de même dans le cadre d'une procédure civile, même si la ligne de démarcation n'est peut-être pas toujours aussi claire et que les conséquences d'une confusion des genres ne seraient pas nécessairement aussi dramatiques.

Bref, le fait de jouer un rôle qui peut parfois être opposé à celui du Procureur général ne fait pas de l'*amicus* un avocat de la défense ou de la partie civile. L'objectif de l'*amicus* et l'état d'esprit dans lequel il agit n'est pas de prendre fait et cause pour l'accusé ou le défendeur, mais d'apporter à la Cour un éclairage qu'elle ne recevrait pas autrement et de l'aider à prendre une décision qui soit dans le meilleur intérêt de la justice. Le fait que ces intérêts puissent converger dans certaines circonstances n'y change rien et ne représente pour ainsi dire qu'un bénéfice marginal résultant de la nomination d'un *amicus*. Ce dernier se doit donc d'agir en tout temps avec transparence, sans jamais tenter de prendre les avocats du Procureur général par surprise. Les tactiques et les stratégies que pourrait à bon droit utiliser un avocat de la défense et même, dans certaines circonstances, un avocat spécial, ne sont pas de mise dans le cadre d'une procédure découlant de l'article 38 de la *LPC*.

Ceci dit, le rôle de l'*amicus* dans une telle procédure pourra être modulé par le juge qui le nomme pour tenir compte du caractère très particulier d'une demande présentée sous l'autorité de l'article 38 de la *LPC*. La nature même des renseignements auxquels l'*amicus* aura accès, la gravité des enjeux que soulève l'équilibrage de la sécurité nationale et l'équité des procédures, et le degré de transparence avec lequel le Procureur général ainsi que les témoins appelés au soutien de la demande s'acquittent de leur fonction, sont autant de facteurs qui pourront amener

to play a more or less interventionist role depending on the circumstances.

[169] That being said, it would be remiss of me if I did not mention the jurisprudence emanating from Ontario following *Criminal Lawyers' Association of Ontario*, which demonstrates that where an expanded role for the *amicus curiae* is justified due to a real risk of a miscarriage of justice, the gap between representing a party before the Court as defence counsel and representing their interests may appear paper-thin. See *R. v. Jaser*, 2014 ONSC 2277 (*Jaser*), at paragraphs 35–42 and *R. v. Imona-Russel*, 2019 ONCA 252, 145 O.R. (3d) 197 (*Imona-Russel*), at paragraphs 85–94. In these decisions, the courts discussed situations where the self-represented accused are incompetent and the appointment of an *amicus curiae* is necessary to avoid a potential miscarriage of justice. Interpreting *Criminal Lawyers' Association of Ontario*, these courts respectively found that an *amicus curiae* could be assigned a mandate to “act for the accused” (*Jaser*, at paragraph 39) and to discuss legal issues and speak to the court “on behalf of the accused” without taking “on the role of defence counsel” (*Imona-Russel*, at paragraph 88), as warned by the majority in *Criminal Lawyers' Association of Ontario*, at paragraphs 49–56. This last restriction may be a difficult to apply in reality.

[170] This interpretation of *Criminal Lawyers' Association of Ontario* does not appear to be in line with the interpretation of the Supreme Court of Canada's decision in the jurisprudence by which I am bound, notably *Telbani*, at paragraphs 27–30 and *Huang*, at paragraph 36, which draw a line between representing interests and acting on behalf of a party. Although Justice Mosley, at one point, uses similar language to *Jaser* in his 2008 *Khadr* decision (paragraph 32), this was before the Supreme Court of Canada's decision in *Criminal Lawyers' Association of Ontario* and before *Telbani* and *Huang*. As such, for the time being, it is my belief that my inherent powers to appoint an *amicus curiae* and craft their mandate according to the circumstances do not

un *amicus* à jouer un rôle plus ou moins interventionniste selon les circonstances.

[169] Cela dit, il serait négligent de ma part de ne pas faire état de la jurisprudence élaborée en Ontario à la suite de l'arrêt *Criminal Lawyers' Association of Ontario*, laquelle démontre que lorsqu'il est justifié de confier un rôle élargi à l'*amicus curiae* à cause d'un réel risque d'erreur judiciaire, l'écart entre le fait de représenter une partie devant le tribunal en tant qu'avocat de la défense et celui de présenter les intérêts de cette partie peut sembler bien mince. Voir la décision *R. v. Jaser*, 2014 ONSC 2277 (décision *Jaser*), aux paragraphes 35 à 42 et l'arrêt *R. v. Imona-Russel*, 2019 ONCA 252, 145 O.R. (3d) 197 (arrêt *Imona-Russel*), aux paragraphes 85 à 94. Dans ces deux décisions, les tribunaux ont analysé des situations dans lesquelles l'accusé, qui assurait lui-même sa défense, était incompetent et où il était nécessaire de nommer un *amicus curiae* pour éviter une éventuelle erreur judiciaire. Interprétant l'arrêt *Criminal Lawyers' Association of Ontario*, ces tribunaux ont conclu, respectivement, que l'on pouvait attribuer à un *amicus curiae* le mandat de [TRADUCTION] « représenter l'accusé » (décision *Jaser*, au paragraphe 39) et de discuter de questions de droit et de s'entretenir avec le tribunal [TRADUCTION] « pour le compte de l'accusé » sans jouer le [TRADUCTION] « rôle de l'avocat de la défense » (arrêt *Imona-Russel*, au paragraphe 88), comme l'avait souligné la majorité dans l'arrêt *Criminal Lawyers' Association of Ontario*, aux paragraphes 49 à 56. Cette dernière restriction peut être difficile à appliquer en pratique.

[170] Cette interprétation de l'arrêt *Criminal Lawyers' Association of Ontario* ne semble pas concorder avec l'interprétation que l'on fait de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans la jurisprudence à laquelle je suis lié, notamment la décision *Telbani*, aux paragraphes 27 à 30, et l'arrêt *Huang*, au paragraphe 36, qui tracent une ligne de démarcation entre le fait de représenter les intérêts d'une partie et celui d'agir pour son compte. Même si le juge Mosley recourt à un certain moment à une formulation semblable à celle de la décision *Jaser* dans sa décision *Khadr* de 2008 (au paragraphe 32), c'était avant l'arrêt *Criminal Lawyers' Association of Ontario* de la Cour suprême du Canada et avant la décision *Telbani* et l'arrêt *Huang*. Cela étant, pour le moment, je crois que



permit me to assign the *amici curiae* a mandate that would have them act “on behalf” of the appellants. However, my inherent powers do permit me to assign them a mandate to “represent the interests” of the appellants. Having said that, the time may come where unforeseen important facts discovered in closed proceedings may justify the appointment of an *amicus curiae* with a more representative role in the *ex parte* and *in camera* proceedings. For the time being, this is not the case in these appeals.

[171] Some may say that assigning a mandate to “represent the interests” of an appellant before the Court in *ex parte* and *in camera* portions of an appeal falls beyond this inherent limit on the role of the *amicus curiae*. It may be argued that acting “on behalf” of an individual and “representing the interests” of an individual are one and the same and that the difference is largely semantic. Although these mandates may manifest themselves similarly in certain circumstances, the differences are the state of mind in which the *amicus curiae* acts and the tactics and strategies that are appropriate when acting “on behalf” of an individual as compared to presenting interests to assist the Court where they are unrepresented (*Telbani*, at paragraph 30). It is my belief that “representing the interests” of an appellant during the *ex parte* and *in camera* portions of an appeal is still compatible with the inherent limits on the role of the *amicus curiae* as this is consistent with what is said in *Telbani*, at paragraph 27 and consistent with the role often assigned by the Supreme Court of Canada to *amici curiae* pursuant to subsection 53(7) of the *Supreme Court Act (Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, at paragraph 45 and footnote 4).

(3) Differences Between Role of the Special Advocate and the *Amicus Curiae*

[172] Consistent with what is noted in *Telbani*, the principal difference between the *amicus curiae* and the special advocate in the context of national security largely

les pouvoirs inhérents dont je dispose pour nommer un *amicus curiae* et structurer son mandat en fonction des circonstances de l’espèce ne me permettent pas d’attribuer aux *amici curiae* un mandat qui les amènerait à agir « pour le compte » des appelants. Cependant, mes pouvoirs inhérents me permettent de leur attribuer le mandat de « représenter les intérêts » des appelants. Cela dit, il viendra peut-être un jour où des faits importants et imprévus, découverts lors d’une instance à huis clos, justifieront la nomination d’un *amicus curiae* qui jouera un rôle plus représentatif dans l’instance *ex parte* et à huis clos. Pour le moment, ce n’est pas le cas en l’espèce.

[171] D’aucuns pourraient dire que le fait d’attribuer un mandat visant à « représenter les intérêts » d’un appellant devant le tribunal lors des parties *ex parte* et à huis clos d’un appel excède cette limite inhérente au rôle de l’*amicus curiae*. On pourrait dire aussi que le fait d’agir « pour le compte » d’une personne et le fait de « représenter les intérêts » d’une personne constituent une seule et même chose, et que la différence est essentiellement de nature sémantique. Même si ces mandats peuvent se manifester de façon semblable dans certaines circonstances, les différences sont l’état d’esprit dans lequel l’*amicus curiae* agit ainsi que les tactiques et les stratégies dont il convient d’user lorsqu’on agit « pour le compte » d’une personne, comparativement au fait de présenter des intérêts pour aider la Cour dans une situation où ces intérêts ne sont pas représentés (décision *Telbani*, au paragraphe 30). Je suis d’avis que le fait de « représenter les intérêts » d’un appellant lors des parties *ex parte* et à huis clos d’un appel est encore compatible avec les limites inhérentes du rôle de l’*amicus curiae*, car cela concorde avec ce qui est dit dans la décision *Telbani*, au paragraphe 27, et avec le rôle qu’attribue souvent la Cour suprême du Canada aux *amici curiae*, conformément au paragraphe 53(7) de la *Loi sur la Cour suprême (Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, au paragraphe 45 et à la note de bas de page n° 4).

3) Les différences entre le rôle de l’avocat spécial et celui de l’*amicus curiae*

[172] Conformément à ce qui est signalé dans la décision *Telbani*, la principale différence entre l’*amicus curiae* et l’avocat spécial dans le contexte de la sécurité

rests in the source of their legal roles, responsibilities, and powers. Whereas the *amicus curiae*'s role derives from a recognized common law discretionary power afforded to judges, special advocates are creatures of statute whose existence and role entirely depend on Parliament.

[173] This difference in their legal sources accounts for the difference in their fundamental roles and responsibilities in a particular proceeding as well as the powers they possess.

[174] Indeed, the special advocate is assigned a specific role under the IRPA: to “protect” the interests of the named person (subsection 85.1(1)). Meanwhile, the *amicus curiae*'s role is to serve the Court and to assist it in discharging its duties. That being said, in the context of national security, a judge often assigns an *amicus curiae* the role of representing the interests of a party that is not before the Court in order to assist the Court in discharging its duties to ensure a fair process while maintaining the secrecy of sensitive information and evidence not disclosed to a party. Similarly, the IRPA assigns the special advocate the role of protecting the interests of the named person with regard to confidential information and evidence not disclosed. This is consistent with the Supreme Court of Canada's decision in *Charkaoui I*, which found that the fairness of a proceeding cannot rest entirely on the shoulders of a designated judge's interventionist mandate (paragraph 65) and that an independent counsel could help designated judges uphold their duty to ensure a fair process (paragraphs 70–84).

[175] However, although the *amicus curiae* is often assigned the role of representing the interests of a party before the Court, their mandate is entirely dependent on the judge who appoints them. In contrast, the role, responsibilities, and powers of the special advocate are fixed and explicitly provided for in the IRPA, thus giving a judge very little discretion to shape their mandate but for a provision that allows the judge to grant additional powers: see paragraph 85.2(c) of the IRPA. What is more, the

nationale réside en grande partie dans la source de leurs rôles, leurs responsabilités et leurs pouvoirs sur le plan juridique. Si le rôle de l'*amicus curiae* découle d'un pouvoir discrétionnaire reconnu en common law qui est conféré aux juges, les avocats spéciaux sont créés par des lois et leur existence et leur rôle dépendent entièrement du législateur.

[173] Cette différence de sources juridiques explique la différence entre leurs responsabilités et leurs rôles fondamentaux dans une instance particulière, de même que les pouvoirs qu'ils détiennent.

[174] En fait, l'avocat spécial se voit attribuer un rôle précis dans le cadre de la LIPR : « défendre » les intérêts de la personne nommée (paragraphe 85.1(1)). En revanche, le rôle de l'*amicus curiae* est de servir la Cour et de l'aider à s'acquitter de ses obligations. Cela dit, dans le contexte de la sécurité nationale, le juge attribue souvent à l'*amicus curiae* le rôle de représenter les intérêts d'une partie qui n'ont pas été présentés au tribunal afin d'aider celui-ci à s'acquitter de ses obligations et à assurer la tenue d'un processus équitable tout en préservant le caractère secret de renseignements et d'éléments de preuve confidentiels qui n'ont pas été divulgués à une partie. De façon similaire, la LIPR attribue à l'avocat spécial le rôle de défendre les intérêts de la personne nommée pour ce qui est des éléments de preuve et des renseignements confidentiels non divulgués, ce qui est compatible avec l'arrêt *Charkaoui I*, où la Cour suprême du Canada a conclu que l'équité d'une instance ne peut reposer entièrement sur les épaules du mandat interventionniste d'un juge désigné (au paragraphe 65) et qu'un avocat indépendant pourrait aider les juges désignés à s'acquitter de leur obligation d'assurer la tenue d'un procès équitable (aux paragraphes 70 à 84).

[175] Cependant, même si l'on attribue souvent à l'*amicus curiae* le rôle de représenter les intérêts d'une partie devant le tribunal, leur mandat dépend entièrement du juge qui les nomme. Par contraste, le rôle, les responsabilités et les pouvoirs de l'avocat spécial sont fixés et explicitement prévus dans la LIPR, ce qui accorde aux juges fort peu de pouvoirs discrétionnaires pour ce qui est de façonner leur mandat, hormis une disposition qui permet aux juges de leur accorder des pouvoirs

appointment of an *amicus curiae* is discretionary while the special advocate is mandatory. This certainty from one case to the next is often touted as an important advantage of the special advocate's system, as compared to the *amicus curiae*.

[176] Meanwhile, in appointing an *amicus curiae*, a judge retains the flexibility to craft an *amicus curiae*'s mandate according to the circumstances in order to balance the duty to ensure a fair process with concerns of judicial efficacy and limiting delay, the latter often a statutory duty in the context of national security (see subsection 16(4) of the SATA and paragraph 83(1)(a) of the IRPA). Indeed, delay has been an ongoing concern for this Court with regard to special advocates: see *Harkat (Re)*, 2009 FC 340, 339 F.T.R. 129, at paragraphs 19–23 where this Court refused the special advocates' request for the additional disclosure of "thousands of documents" because such "an order would be akin to a fishing expedition and would unacceptably delay [the] proceeding" (paragraph 21). See also this Court's comments regarding public costs and delay in *Harkat (Re)*, 2010 FC 1241, [2012] 3 F.C.R. 251, at paragraphs 37–38. The special advocate's role, responsibilities and powers are fixed and there is little flexibility to adjust them according to the circumstances. Moreover, the naming of a special advocate is limited to a list of approved lawyers established by the Minister of Justice, which has dwindled over the years to 11 lawyers mostly based in Toronto or Ottawa. In comparison, the Court, having the discretionary flexibility to do so, has developed and updated over the years a list of security-cleared *amici curiae* to assist it in designated proceedings with an emphasis on diverse, regional, and linguistic representation.

[177] Assisted by the foregoing jurisprudential and legislative background, we can move to the issue at the foreground of this appeal: the role and powers of the *amici curiae*.

supplémentaires : voir l'alinéa 85.2c) de la LIPR. Qui plus est, la nomination d'un *amicus curiae* est une mesure discrétionnaire, tandis que celle de l'avocat spécial est impérative. Cette certitude d'une affaire à une autre est souvent louée comme un avantage marquant du système des avocats spéciaux, comparativement à celui des *amici curiae*.

[176] En revanche, quand il nomme un *amicus curiae*, le juge conserve la latitude de façonner son mandat en fonction des circonstances, de façon à mettre en équilibre l'obligation d'assurer la tenue d'un processus équitable et les préoccupations relatives à l'efficacité judiciaire et à la limitation des délais, ce dernier point étant souvent une obligation légale dans le contexte de la sécurité nationale (voir le paragraphe 16(4) de la LSDA et l'alinéa 83(1)a) de la LIPR). En fait, la question des délais est un point qui préoccupe notre Cour de manière constante lorsqu'il est question des avocats spéciaux : voir la décision *Harkat (Re)*, 2009 CF 340, aux paragraphes 19 à 23, où notre Cour a refusé la demande des avocats spéciaux qui souhaitaient obtenir la communication supplémentaire de « milliers de documents » parce qu'une telle « ordonnance s'apparenterait à une recherche à l'aveuglette et retarderait de manière inacceptable la présente instance » (au paragraphe 21). Voir aussi les commentaires de notre Cour au sujet des frais publics et des délais dans la décision *Harkat (Re)*, 2010 CF 1241, [2012] 3 R.C.F. 251, aux paragraphes 37 et 38. Le rôle, les responsabilités et les pouvoirs de l'avocat spécial sont fixes et il y a peu de latitude pour les rajuster en fonction des circonstances. Par ailleurs, la nomination d'un avocat spécial se limite à une liste d'avocats approuvés, dressée par le ministre de la Justice, liste qui s'est amenuisée au fil des ans et qui compte 11 avocats, dont les bureaux sont situés surtout à Toronto ou à Ottawa. Par comparaison, la Cour, jouissant de la latitude discrétionnaire requise pour le faire, a mis au point et mis à jour au fil des ans une liste d'*amici curiae* approuvés sur le plan de la sécurité afin de l'aider dans le cadre d'instances désignées et qui est axée sur une représentation diversifiée, régionale et linguistique.

[177] Le contexte jurisprudential et législatif qui précède étant énoncé, nous pouvons maintenant passer à la question qui se situe à l'avant-plan des présents appels : le rôle et les pouvoirs des *amici curiae*.

(4) Appointment, Role, and Powers of the *Amici Curiae*

[178] With a thorough understanding of my role as a designated judge under the SATA to ensure a fair judicial process that also protects Canada’s national security interests, the Supreme Court of Canada’s statements concerning third-party counsel in *ex parte* and *in camera* proceedings, and the law applicable to *amici curiae* and how they compare to special advocates under the IRPA, I shall now turn to the role of the *amici curiae* in these appeals under the SATA. I felt that the foregoing points of law needed to first be established before pursuing this analysis as they were of top-of-mind when I appointed the *amici curiae* on October 7, 2019.

[179] In this section I will start by (1) analysing the Court’s jurisdiction to appoint the *amici curiae* in these appeals under the SATA; I will then (2) canvass their role in these appeals; and finally I will (3) set out their powers to fulfill this role, which will include an analysis as to whether the *amici curiae* can cross-examine the respondent’s witnesses on the merits of the decision under appeal.

(i) Appointment of the *Amici Curiae*

[180] Although no party has yet opposed the October 7, 2019, appointment of the *amici curiae* in these appeals, I find it necessary to briefly analyze my ability to appoint the *amici curiae* seeing as these are the first appeals under the SATA.

[181] As stated in detail above, my ability to appoint an *amicus curiae* is an inherent power grounded in the Court’s “authority to control its own process and function as a court of law” (*Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, at paragraph 46). It is nonetheless limited to “specific and exceptional circumstances” where their

4) La nomination, le rôle et les pouvoirs des *amici curiae*

[178] Ayant une bonne compréhension de mon rôle en tant que juge désigné sous le régime de la LSDA, lequel consiste à assurer la tenue d’un processus judiciaire équitable qui protège aussi les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale, des observations faites par la Cour suprême du Canada au sujet des avocats tiers dans les instances *ex parte* et à huis clos, de même que des règles de droit qui s’appliquent aux *amici curiae* et de la manière dont ces derniers se comparent aux avocats spéciaux qui relèvent de la LIPR, je vais maintenant examiner le rôle que jouent les *amici curiae* dans les présents appels interjetés en vertu de la LSDA. J’ai eu le sentiment qu’il était nécessaire d’établir d’abord les points de droit qui précèdent avant de poursuivre la présente analyse, car c’était eux que j’avais principalement à l’esprit quand j’ai nommé les *amici curiae* le 7 octobre 2019.

[179] Dans la présente section, je vais commencer par 1) analyser la compétence qu’a la Cour pour nommer les *amici curiae* dans les présents appels interjetés sous le régime de la LSDA; je vais ensuite 2) examiner le rôle qu’ils jouent dans le cadre des présents appels; enfin, je vais 3) énoncer les pouvoirs dont ils disposent pour s’acquitter de ce rôle, ce qui comportera une analyse de la question de savoir si les *amici curiae* peuvent contre-interroger les témoins de l’intimé sur le fond de la décision portée en appel.

(i) La nomination des *amici curiae*

[180] Bien qu’aucune partie ne se soit encore opposée à la nomination, le 7 octobre 2019, des *amici curiae* dans le cadre des présents appels, j’estime qu’il est nécessaire d’analyser brièvement mon habilité à les nommer étant donné qu’il s’agit en l’espèce des premiers appels interjetés sous le régime de la LSDA.

[181] Comme il a été indiqué plus tôt en détail, mon habilité à nommer un *amicus curiae* est une compétence inhérente qui repose sur le « pouvoir [de la Cour] de faire respecter sa propre procédure et de constituer une cour de justice » (arrêt *Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, au paragraphe 46). Ce pouvoir se limite néanmoins à

assistance is essential to a judge's ability to discharge their judicial functions in the case before them (*Criminal Lawyers' Association of Ontario*, at paragraph 47). In the context of national security, their appointment has become the practice of this Court where no third-party counsel in *ex parte* and *in camera* proceedings is provided for by law and where limits on disclosure and participation have been imposed by the legislative scheme in the interest of national security. Fairness calls for such appointments, loud and clear. Without such appointments, the judicial process would be fundamentally flawed.

[182] With regard to the SATA, it is evident that the appointment of the *amici curiae* is consistent with the statutory duties imposed on the designated judge by the SATA as well as consistent with its object and Parliament's intent.

[183] Indeed, the appointment of an *amicus curiae* under the SATA is consistent with the implied intention of the statutory duties assigned to a designated judge in section 16 of the SATA.

[184] The SATA requires that a judge hear information or other evidence provided by the Minister in the absence of the public and of the appellant and their counsel if, in the judge's opinion, its disclosure could be injurious to national security or endanger the safety of any person. See paragraph 16(6)(a). Similarly, the SATA assigns the judge the responsibility of ensuring the confidentiality of this information or evidence. See paragraph 16(6)(b). Yet, the SATA also tasks the judge with ensuring that the appellant and the Minister are both provided with an opportunity to be heard. See paragraph 16(6)(d).

[185] Seeing as the SATA assigns these seemingly conflicting duties to the designated judge, the appointment of an *amicus curiae* is not only consistent with these statutory duties but may be the only way to simultaneously give them effect. This is particularly so given that the designated judge is required to hold *ex parte* and *in*

une « situation particulière et exceptionnelle » dans laquelle le juge doit avoir besoin de l'aide de ces personnes pour s'acquitter de ses fonctions dans l'affaire en cause (arrêt *Criminal Lawyers' Association of Ontario*, au paragraphe 47). Dans le contexte de la sécurité nationale, il est devenu d'usage pour notre Cour de procéder à la nomination de telles personnes lorsqu'aucun avocat tiers n'est prévu par la loi dans le cas d'une instance *ex parte* et à huis clos et lorsque le régime législatif impose, dans l'intérêt de la sécurité nationale, des limites à la divulgation et à la participation. L'équité exige de telles nominations de manière on ne peut plus évidente. Sans ces nominations, le processus judiciaire serait fondamentalement vicié.

[182] Dans le cas de la LSDA, il est évident que la nomination des *amici curiae* est compatible avec les obligations légales imposées au juge désigné ainsi qu'avec l'objet de cette loi et l'intention du législateur.

[183] En fait, la nomination d'un *amicus curiae* sous le régime de la LSDA est une mesure qui est compatible avec l'objet implicite des obligations légales qu'attribue au juge désigné l'article 16 de la LSDA.

[184] La LSDA exige que le juge entende des renseignements ou d'autres éléments de preuve que fournit le ministre en l'absence du public ainsi qu'en l'absence de l'appellant et de son avocat si, de l'avis du juge, la communication de ces renseignements ou de ces éléments de preuve porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Voir l'alinéa 16(6)a). Dans le même ordre d'idées, la LSDA confie au juge la responsabilité de garantir la confidentialité de ces renseignements ou éléments de preuve. Voir l'alinéa 16(6)b). Pourtant, la LSDA charge également le juge de veiller à ce que l'appellant et le ministre aient tous deux la possibilité d'être entendus. Voir l'alinéa 16(6)d).

[185] Étant donné que la LSDA attribue au juge désigné ces obligations en apparence contradictoires, la nomination d'un *amicus curiae* est non seulement une mesure qui est compatible avec ces obligations légales, mais elle peut être aussi la seule façon de leur donner simultanément effet. Cela est d'autant plus vrai que le juge désigné

*camera* hearings and is required to maintain the confidentiality of certain information or evidence to the exclusion of the appellant while also obligated to provide the appellant with an opportunity to be heard. While the *amicus curiae* cannot fully replicate the involvement of the appellant and their counsel in the *ex parte* and *in camera* proceedings, an *amicus curiae* with a robust mandate gives as much effect as possible under the current statutory scheme to an appellant's right to be heard during *ex parte* and *in camera* hearings while still ensuring the confidentiality of the information.

[186] Moreover, given the role assigned to the designated judge in appeals under the SATA, and the absence of the appellant and their counsel during *ex parte* and *in camera* hearings on the confidential information or evidence, the appointment of an *amicus curiae* is implicitly required to allow the judge to fulfill their duties. For instance, the SATA provides the designated judge at paragraph 16(6)(e) with the power to receive anything into evidence that is reliable and appropriate (“*digne de foi*”), even if it is inadmissible in a court of law as well as the power to base their decision on that information. Similarly, paragraph 16(6)(f) provides that a judge may base their decision on information or evidence regardless of whether it was provided to the appellant or whether a summary of that information was provided.

[187] Therefore, given these powers assigned to the designated judge, an *amicus curiae* is implicitly required to assist the Court in testing the reliability and appropriateness of certain information or evidence not disclosed to the appellant during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeal, and to assist the Court in weighing this information or evidence. This is necessary because such evidence or information cannot be summarized to the appellant and would be inadmissible in a court of law. This task requires the *amici curiae* to help not only test the grounds for non-disclosure but also the reliability and appropriateness of the evidence, which goes to the reasonableness of the Minister's decision. It also requires the *amici curiae* to help test the reliability and appropriateness of new confidential information submitted to this Court as well as the impacts of withdrawn information.

est obligé de tenir des audiences *ex parte* et à huis clos et de préserver la confidentialité de certains renseignements ou éléments de preuve, en excluant l'appelant, tout en étant également obligé de fournir à ce dernier une possibilité d'être entendu. Bien que l'*amicus curiae* ne puisse se substituer entièrement à l'appelant et à son avocat lors de l'instance *ex parte* et à huis clos, sa présence, s'il est doté d'un mandat vigoureux, donne le maximum d'effet possible dans le régime législatif actuel au droit de l'appelant d'être entendu lors d'une instance *ex parte* et à huis clos, tout en garantissant la confidentialité des renseignements.

[186] Par ailleurs, vu le rôle confié au juge désigné dans un appel interjeté sous le régime de la LSDA et l'absence de l'appelant et de son avocat lors des audiences *ex parte* et à huis clos qui portent sur les renseignements ou les éléments de preuve confidentiels, la nomination d'un *amicus curiae* est implicitement exigée pour que le juge puisse s'acquitter de ses fonctions. Par exemple, la LSDA confère à l'alinéa 16(6)e) au juge désigné le pouvoir de recevoir et d'admettre en preuve tout élément digne de foi et utile, même s'il est inadmissible en justice, ainsi que le pouvoir de fonder sa décision sur ces renseignements. Dans le même ordre d'idées, l'alinéa 16(6)f) prévoit que le juge peut fonder sa décision sur des renseignements ou des éléments de preuve, peu importe si ces renseignements ou éléments de preuve, ou un résumé de ceux-ci, ont été fournis à l'appelant.

[187] En conséquence, compte tenu des pouvoirs attribués au juge désigné, la présence d'un *amicus curiae* est implicitement requise pour aider le tribunal à vérifier si certains renseignements ou éléments de preuve non divulgués à l'appelant au cours des volets « *ex parte* » et « à huis clos » de l'appel sont fiables et dignes de foi, ainsi que pour aider le tribunal à évaluer ces renseignements ou ces éléments de preuve. Cela doit être fait parce que ces éléments de preuve ou ces renseignements ne peuvent pas être résumés à l'appelant et seraient inadmissibles en justice. Cette tâche exige que les *amici curiae* aident à vérifier non seulement les motifs de la non-divulgaration, mais aussi si les éléments de preuve sont fiables et dignes de foi, ce qui touche le caractère raisonnable de la décision du ministre. Cela exige aussi que les *amici curiae* aident à vérifier si de nouveaux renseignements

[188] To summarize, when read together holistically, the duties and powers assigned to the designated judge in appeals under the SATA are not only consistent with the appointment of an *amicus curiae*, but in many cases require the appointment of an *amicus curiae* in order to give simultaneous effect to the responsibilities assigned to the designated judge as well as to allow the Court to fully meet its assigned adjudicative statutory duties.

[189] Moreover, the appointment of an *amicus curiae* in an appeal under the SATA is not only consistent with a harmonious reading of the statutory procedures for appeals under subsection 16(6) of the SATA, but is also consistent with its object as well as Parliament's intent.

[190] As seen above, the object of the SATA can be summarized as a legislative scheme seeking to ensure a careful balance between the rights and freedoms of individuals while protecting Canada's national security interests and the safety of Canadians relating to air travel.

[191] The appointment of an *amicus curiae* in the context of appeals under the SATA is consistent with this legislative object. The appointment of an *amicus curiae* with a robust mandate provides a certain level of procedural fairness to an appellant in *ex parte* and *in camera* proceedings when their rights and freedoms are at risk. Yet, it still ensures the respect of the confidential nature of information and evidence that would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed.

[192] This intent to balance individual rights and freedoms with Canada's national security interests and the protection of Canadians via the possibility of appointing

confidentiels présentés à notre Cour sont fiables et dignes de foi ainsi que l'effet des renseignements retirés.

[188] En résumé, si on les considère ensemble et de manière holistique, les obligations et les pouvoirs que l'on attribue au juge désigné dans le cadre d'un appel interjeté sous le régime de la LSDA sont compatibles avec la nomination d'un *amicus curiae*, mais aussi, dans de nombreux cas, requièrent une telle nomination afin de donner simultanément effet aux responsabilités assignées au juge désigné ainsi que de permettre à la Cour de s'acquitter pleinement des obligations législatives décisionnelles qui lui sont attribuées.

[189] Par ailleurs, la nomination d'un *amicus curiae* dans le cadre d'un appel interjeté sous le régime de la LSDA est compatible non seulement avec une interprétation harmonieuse des dispositions législatives en matière d'appel que prévoit le paragraphe 16(6) de la LSDA, mais aussi avec l'objet de cette dernière et avec l'intention du législateur.

[190] Comme nous l'avons vu plus tôt, il est possible de résumer l'objet de la LSDA en disant qu'il s'agit d'un régime législatif qui vise à trouver un juste équilibre entre les droits et libertés d'individus tout en protégeant les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale ainsi que la sécurité des Canadiens relativement aux déplacements aériens.

[191] Dans le contexte des appels interjetés sous le régime de la LSDA, la nomination d'un *amicus curiae* concorde avec l'objet législatif de cette loi. La nomination d'un *amicus curiae*, auquel on confie un mandat vigoureux, assure un certain degré d'équité procédurale à l'appelant lors d'une instance *ex parte* et à huis clos, quand il risque d'être porté atteinte à ses droits et libertés. Cette mesure assure toutefois le respect de la nature confidentielle de renseignements et d'éléments de preuve qui, s'ils étaient divulgués, porteraient atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

[192] Cette intention de mettre en équilibre les droits et libertés individuels et les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale ainsi que la protection des Canadiens

an *amicus curiae* is also clearly expressed in legislative debates pertaining to the SATA.

[193] Notably, this is illustrated in the following exchange between Senator Marilou McPhedran, the Honourable Ralph Goodale (then Minister of Public Safety and Emergency Preparedness), Doug Breithaupt (Director and General Counsel, Criminal Law Policy Section), and Malcolm Brown (then Deputy Minister of Public Safety) on April 10, 2019, before the Senate Standing Committee on National Security and Defence:

**Senator McPhedran:** Minister, thank you for the courtesy of agreeing to stay a bit longer to answer the question.

My question goes to Part 6 of this bill and to the balancing of security and rights. As we know, we have recourse provisions in the Secure Air Travel Act, a reference in Part 6, and the restrictions to the information that an applicant may be able to receive on the reasons for their listing on the no-fly list. As some of that information can be deemed sensitive and secret, that's absolutely acceptable. Section 16 of the Secure Air Travel Act requires that the presiding judge hear information or evidence without the individual present, with the summary provided to the individual, excluding information that was deemed injurious to national safety or might endanger the safety of any person if disclosed.

Minister, given that we already have a system in the Immigration and Refugee Protection Act that allows for a mediated approach with security-cleared lawyers accessing secret information as special advocates that work in the security certificate regime, why not bring a proven system over to the Secure Air Travel Act as covered in this bill?

**Mr. Goodale:** Senator McPhedran, I will double-check this to make sure that I'm correct. It's my understanding that if a judge in those circumstances feels that the help of some kind of *amicus* would be appropriate, the judge can require that. I believe that is in existing law.

grâce à la possibilité de nommer un *amicus curiae* a aussi été clairement exprimée dans des débats législatifs portant sur la LSDA.

[193] C'est ce qu'illustre notamment l'échange suivant entre la sénatrice Marilou McPhedran, l'honorable Ralph Goodale (alors ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile), Doug Breithaupt (directeur et avocat général, Section de la politique en matière de droit pénal) et Malcolm Brown (à l'époque sous-ministre de la Sécurité publique) le 10 avril 2019 devant le Comité sénatorial permanent de la sécurité nationale et de la défense :

**La sénatrice McPhedran :** Je vous remercie, monsieur le ministre, de bien vouloir rester un peu plus longtemps pour répondre aux questions.

Ma question porte sur la partie 6 du projet de loi et sur l'équilibre entre la sécurité et les droits. Comme nous le savons, nous avons des dispositions de recours dans la Loi sur la sûreté des déplacements aériens, un renvoi à la partie 6, et des restrictions quant aux renseignements qu'un demandeur peut être en mesure de recevoir sur les raisons de son inscription sur la liste d'interdiction de vol. Comme une partie de ces renseignements peuvent être considérés de nature sensible et secrète, c'est tout à fait acceptable. L'article 16 de la Loi sur la sûreté des déplacements aériens exige que le juge président l'audience entende des renseignements ou des éléments de preuve en l'absence de l'intéressé, le résumé étant fourni à l'intéressé, à l'exclusion des renseignements ayant été jugés préjudiciables à la sécurité nationale ou qui pourraient compromettre la sécurité de quelque personne que ce soit s'ils étaient communiqués.

Monsieur le ministre, étant donné que nous avons déjà un système dans la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés qui permet une approche par médiation avec des avocats ayant une autorisation de sécurité qui ont accès aux renseignements secrets à titre d'avocats spéciaux travaillant sous le régime des certificats de sécurité, pourquoi ne pas utiliser un système ayant fait ses preuves dans la Loi sur la sûreté des déplacements aériens, comme couvert dans le projet de loi?

**M. Goodale :** Sénatrice McPhedran, je vais vérifier, pour être sûr de ne pas me tromper. Si j'ai bien compris, dans ces circonstances, un juge peut demander l'aide d'un ami de la cour au besoin. Je crois que cela est déjà prévu dans la loi.



It would really fall to the presiding justice to determine whether or not the assistance of a special advocate or some other friend of the court would be necessary in order to ensure that the proceeding was, in fact, fair to those who are before the judge.

**Senator McPhedran:** That's a huge area of discretion. If the existing security certificate with the special advocates was in place, then individuals that are being reviewed and monitored would consistently receive representation as opposed to the potential for inconsistent application in this area of discretion for the judge.

**Mr. Goodale:** I hear your point, but I would make the counterpoint that in courts of law all across the country, judges are called upon to make judgment calls of that nature almost every day.

**Senator McPhedran:** But not with so much secrecy.

**Mr. Goodale:** Do you want to comment on this, Mr. Breithaupt?

**Mr. Breithaupt:** Just to confirm that the Federal Court has the ability to appoint an amicus curiae or friend of the court to assist in such proceedings if the Federal Court judge considered that such an appointment is warranted. That's the kind of decisions that they make.

**Senator McPhedran:** My concern is with the "if." That's what I'm highlighting here.

**Mr. Goodale:** I hear your point, senator.

**Mr. Brown:** I would add the role of special advocates in the security certificate process is really very unique to a very rarely used process. The more traditional process to address the concerns you raise is the amicus. I think the legal view is — and I'm turning to Doug on this as well — that there are well-established precedent in terms of using amicus to protect the very interest you're concerned about, without having to go to the much more elaborate and complicated process of the special advocates which are linked to the security certificates.

Canada. Parliament. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on National Security and Defence*, 42nd Parl., 1st Sess., Issue No. 40 (10 April 2019).

Il reviendrait au juge président du tribunal de déterminer si l'aide d'un avocat spécial ou autre ami de la cour serait nécessaire pour veiller à ce que tout se déroule de façon juste pour ceux qui se retrouvent devant le juge.

**La sénatrice McPhedran :** C'est un énorme exercice du pouvoir discrétionnaire. Si le certificat de sécurité existant avec les avocats spéciaux était en place, les personnes faisant l'objet d'un examen et d'une surveillance seraient systématiquement représentées plutôt que d'être soumises à la possibilité d'une application incohérente dans ce domaine du pouvoir discrétionnaire du juge.

**M. Goodale :** Je comprends ce que vous dites, mais je vais contre-argumenter en disant que, dans les tribunaux de tout le pays, les juges sont appelés à rendre des jugements de cette nature presque tous les jours.

**La sénatrice McPhedran :** Mais les jugements ne sont pas entourés d'autant de secrets.

**M. Goodale :** Avez-vous quelque chose à ajouter, monsieur Breithaupt?

**M. Breithaupt :** J'aimerais simplement confirmer que la Cour fédérale a le pouvoir de nommer un amicus curiae ou un ami de la cour pour l'assister dans de telles procédures si le juge de la Cour fédérale estime qu'une telle nomination est justifiée. C'est le genre de décisions qu'ils prennent.

**La sénatrice McPhedran :** C'est le mot « si » qui m'inquiète. C'est ce que je tenais à souligner.

**M. Goodale :** Je comprends ce que vous dites, madame la sénatrice.

**M. Brown :** J'ajouterais que les avocats spéciaux dans le processus des certificats de sécurité ont un rôle très unique à jouer dans un processus très rarement utilisé. Le processus le plus traditionnel pour répondre aux préoccupations que vous soulevez est l'amicus. Je pense que les juristes sont d'avis — et je m'adresse également à Doug à ce sujet — qu'il existe un précédent bien établi en ce qui concerne le recours à l'amicus pour protéger l'intérêt même qui vous préoccupe, et ce, sans avoir à recourir au processus beaucoup plus élaboré et compliqué des avocats spéciaux qui sont liés aux certificats de sécurité.

Canada. Parlement. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial permanent de la sécurité nationale et de la défense*, 42<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., fascicule n° 40 (10 avril 2019).

[194] Therefore, it can be said that the legislative intent of Parliament does not only permit a designated judge to appoint an *amicus curiae* during the appeal process under the SATA, but the legislative debates are demonstrative of a clear intent on Parliament's part to rely on the discretion of a designated judge to appoint an *amicus curiae* to ensure the overarching legislative object of balancing national security and the safety of Canadians with individual rights and freedoms. In other words, it appears that Parliament's intent was to set out a broad appeal procedure in the SATA to permit designated judges the discretion to ensure that procedural fairness is afforded to the appellant, and to decide whether this requires the appointment of an *amicus curiae* with a mandate that is responsive to the circumstances.

(ii) Role of the *Amici Curiae*

[195] Consistent with the general jurisprudence regarding the role of an *amicus curiae*, the *amici curiae*'s role in these appeals under the SATA is to assist the Court in fulfilling its duties: the review of the reasonableness of the Minister's decision in a manner that ensures the appellants are afforded a fair judicial process within the limits on disclosure and participation that have been imposed by the SATA in the interest of national security. Given these limits on full disclosure and full participation and the alleged Charter rights at play, my role as a designated judge requires me to assign the *amici curiae* a robust mandate in order to ensure the fairest judicial process possible within my statutory and inherent powers.

[196] The role assigned to the *amici curiae* in my order dated October 7, 2019, can be summarized as representing the interests of the appellants before the Court during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals, where the participation of the appellants and their counsel is prohibited by the SATA. This role is essential in assisting the Court in fulfilling its duty to ensure a fair judicial process that provides a substantial substitute to

[194] On peut donc dire, d'une part, que l'intention du législateur permet à au juge désigné de nommer un *amicus curiae* lors du processus d'appel tenu dans le cadre de la LSDA, mais, d'autre part, qu'il ressort des débats législatifs une intention claire du législateur de se fonder sur le pouvoir discrétionnaire du juge désigné pour nommer un *amicus curiae* de façon à atteindre l'objectif législatif prépondérant qui consiste à mettre en équilibre la sécurité nationale et la sécurité des Canadiens avec les droits et libertés individuels. Autrement dit, il semble que l'intention du législateur était de créer dans la LSDA une vaste procédure d'appel offrant aux juges désignés le pouvoir discrétionnaire de s'assurer que l'appelant jouit du droit à l'équité procédurale ainsi que de décider si cette mesure oblige à nommer un *amicus curiae* investi d'un mandat qui soit adapté aux circonstances.

(ii) Le rôle des *amici curiae*

[195] Conformément à la jurisprudence générale concernant le rôle des *amicus curiae*, dans les présents appels, qui sont interjetés sous le régime de la LSDA, le rôle des *amici curiae* consiste à aider la Cour à s'acquitter de ses obligations : examiner le caractère raisonnable de la décision du ministre d'une manière qui garantit que l'on procure aux appelants un processus judiciaire équitable, et ce, dans les limites qu'impose la LSDA au processus de divulgation et de participation dans l'intérêt de la sécurité nationale. Compte tenu de ces limites à une divulgation et une participation pleines et entières ainsi que des droits garantis par la Charte qui seraient en jeu, mon rôle en tant que juge désigné m'oblige à attribuer un mandat vigoureux aux *amici curiae* afin de garantir que le processus judiciaire est le plus équitable possible dans les limites des pouvoirs inhérents et législatifs qui me sont conférés.

[196] Le rôle attribué aux *amici curiae* dans mon ordonnance datée du 7 octobre 2019 peut être résumé comme suit : ils représentent les intérêts des appelants devant la Cour pendant les volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels, auxquels la LSDA interdit aux appelants et à leurs avocats de participer. Ce rôle est essentiel pour aider la Cour à s'acquitter de son obligation d'assurer un processus judiciaire équitable qui offre une solution de

the appellants' right to know and meet the case against them and its duty to decide upon the reasonableness of the Minister's decisions to keep the appellants on the SATA list, based on the facts and the law. Therefore, in accordance with the two principal duties of the designated judge, the *amici curiae*'s roles in representing the interests of the appellants before the Court during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeal can be understood in a similar way. This is evidenced in the following passages of the order appointing the *amici curiae*:

**AND UPON** noting the alleged violations of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [Charter]; noting that the Appellants' right to know and meet the case, including the right to make adequate representation in the closed hearing, are principles of fundamental justice pursuant to section 7 of the *Charter*; and noting that there must be an adequate substantial substitute for the persons concerned in the secret proceedings: *Charkaoui v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9 at para 27; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v Harkat*, 2014 SCC 37 at para 43;

**AND UPON** noting that the appointment of *amici* in such a situation will assist the Court in forming its opinion during the hearing of information or other evidence presented by the Respondent in the absence of the Appellants and the public and in determining whether its disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person;

[197] This was noted in the order with the understanding that these appeals were, in practice, the appellants' first opportunity to be heard, which is an integral part to the *audi alteram partem* rule (*Telecommunications Workers Union*, at paragraph 29).

[198] First, in accordance with the *amici curiae*'s role to help the Court in ensuring a fair judicial process, notably one that attempts to give the most effect possible to the appellants' right to know and meet the case against them within the limits of the SATA, the *amici curiae* are

rechange remplaçant pour l'essentiel le droit qu'ont les appellants d'être informés de la preuve qui pèse contre eux et d'avoir la possibilité d'y répondre, de même que de son obligation de se prononcer sur le caractère raisonnable des décisions qu'a prises le ministre de maintenir les noms des appellants sur la liste de la LSDA, en tenant compte des faits et du droit. En conséquence, conformément aux deux obligations principales du juge désigné, les rôles que jouent les *amici curiae* en représentant les intérêts des appellants devant la Cour pendant les volets « *ex parte* » et à huis clos de l'appel peuvent être compris d'une manière semblable, et c'est ce qui ressort dans les passages suivants, extraits de l'ordonnance nommant les *amici curiae* :

**ET APRÈS** avoir pris acte des allégations de violation de la *Charte canadienne des droits et libertés* [la Charte], avoir reconnu que le droit des appellants d'être informés de la preuve qui pèse contre eux et d'avoir la possibilité d'y répondre, y compris celui de bénéficier d'une représentation adéquate lors de l'audience à huis clos, sont des principes de justice fondamentale visés à l'article 7 de la Charte, et avoir reconnu qu'il doit y avoir une solution de rechange qui remplace pour l'essentiel les intéressés dans le cadre de l'instance secrète : *Charkaoui c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CSC 9 au para 27; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Harkat*, 2014 CSC 37 au para 43;

**ET APRÈS** avoir reconnu que, dans une telle situation, la nomination d'*amici* aidera la Cour à se faire une opinion lors de l'audition des renseignements ou des autres éléments de preuve que l'intimé présentera en l'absence des appellants et du public, ainsi qu'à déterminer si leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

[197] La Cour a noté ces éléments dans l'ordonnance en tenant pour acquis que les présents appels étaient, en pratique, la première possibilité qu'avaient les appellants d'être entendus, à savoir une composante fondamentale de la règle *audi alteram partem* (arrêt *Telecommunications Workers Union*, au paragraphe 29).

[198] Premièrement, conformément au rôle qu'ils jouent en aidant la Cour à assurer un processus judiciaire équitable, notamment un rôle qui vise à donner le plus d'effet possible au droit des appellants d'être informés de la preuve qui pèse contre eux et d'avoir la possibilité d'y

tasked with representing the interests of the appellants with regard to issues of disclosure of information or evidence under the SATA.

[199] Paragraph 16(6)(b) of the SATA requires that the designated judge ensure the confidentiality of information or other evidence that, in their opinion, “would” be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed. In deciding whether all or part of the information or other evidence originally redacted by the respondent fits the criteria at paragraph 16(6)(b) or whether it must be disclosed to the appellants, paragraph 16(6)(a) of the SATA requires that, on request of the Minister, all information or other evidence that “could” be injurious to national security or endanger the safety of any person must be heard *ex parte* and *in camera*. This essentially puts the judge in a position where they are forced to decide on the merits of the respondent’s confidentiality claims without the benefit of hearing from the appellants as to why this information should be disclosed. Once the merits of the confidentiality claims are decided, and the confidential information or other evidence is identified, the designated judge faces a similar dilemma as they are tasked with ensuring that the appellants are provided with a summary of the confidential information or other evidence without having the benefit of the appellants’ perspective.

[200] Despite the assumption of an active and interventionist role by the designated judge, the *ex parte* and *in camera* advantage afforded to the respondent places the designated judge in a position where they are exposed to potential systematic overclaiming of confidentiality identified by the Supreme Court of Canada in *Harkat (2014)*, at paragraph 63, given that the interests of the appellants are not heard during this portion of the appeal. The appointment of the *amici curiae* attempts to address this vulnerability, as their role is to assist the Court by representing the interests of the appellants during the disclosure portion of the appeal, thereby allowing the designated judge to fully scrutinize the merits of the confidentiality claims made by the respondent. Should the designated judge ultimately decide that certain

répondre dans les limites de la LSDA, les *amici curiae* ont pour tâche de représenter les intérêts des appelants à l’égard des questions de divulgation de renseignements ou d’éléments de preuve sous le régime de la LSDA.

[199] L’alinéa 16(6)b de la LSDA exige que le juge désigné garantisse la confidentialité des renseignements ou d’autres éléments de preuve qui, à son avis, « porterai[en]t » atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui s’ils étaient divulgués. Pour décider si la totalité ou une partie des renseignements ou des autres éléments de preuve que l’intimé a initialement caviardés correspondent au critère énoncé à l’alinéa 16(6)b ou s’ils doivent être divulgués aux appelants, l’alinéa 16(6)a de la LSDA exige que, à la demande du ministre, la totalité des renseignements ou des autres éléments de preuve qui « pourrai[en]t » porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui soient entendus *ex parte* et à huis clos. Cela oblige essentiellement le juge à se prononcer sur le bien-fondé des allégations de confidentialité de l’intimé sans pouvoir entendre les appelants dire pourquoi ces renseignements devraient être divulgués. Après s’être prononcé sur le bien-fondé des allégations de confidentialité, et avoir identifié les renseignements ou les autres éléments de preuve confidentiels, le juge désigné est confronté à un dilemme semblable, car il lui incombe de veiller à ce que l’on fournisse aux appelants un résumé des renseignements ou des autres éléments de preuve confidentiels sans avoir l’avantage de connaître le point de vue des appelants.

[200] Malgré la présomption d’un rôle actif et interventionniste de la part du juge désigné, l’avantage d’une audience *ex parte* et à huis clos qui est accordé à l’intimé place le juge désigné dans une situation où il s’expose à l’éventuelle exagération systématique des allégations de confidentialité dont a fait état la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 63, étant donné que les intérêts des appelants ne sont pas entendus lors de cette partie de l’appel. La nomination des *amici curiae* tente de corriger cette vulnérabilité, car leur rôle consiste à aider la Cour en représentant les intérêts des appelants pendant la partie « divulgation » de l’appel, ce qui permet ainsi au juge désigné d’examiner en détail le bien-fondé des allégations de confidentialité de l’intimé. Si le juge désigné décide en fin de compte

information must remain confidential pursuant to paragraph 16(6)(b), the role of the *amici curiae* is to then help the designated judge summarize this information in a manner that provides the appellants with as much information as possible within the confidentiality limits of the SATA.

[201] In assuming this role with regard to disclosure, the *amici curiae* may provide an opposite perspective than that of the respondent to ensure that the principle of full disclosure is given as much effect as possible in the circumstances in order to provide the appellants with the maximum amount of information possible to know and meet the case against them (*Harkat (2014)*, paragraphs 51–63 and 110). For the benefit of the Court, this requires the *amici curiae* to be given a robust mandate to counter the respondent's *ex parte* and *in camera* advantage; the powers this entails will be discussed in the following section.

[202] Second, should the circumstances require that some information or other evidence remain confidential pursuant to the limits of the SATA, the role of the *amici curiae* is to represent the interests of the appellants with regard to the impact of this information or other evidence on the reasonableness of the Minister's decision to keep the appellants on the SATA list. The purpose of this role is to help the designated judge make their decision based on the facts and the law and to help the judge ensure that the appellants are provided a substantial substitute to full disclosure and full participation given the confidentiality limits imposed by the SATA. This role is equally pertinent when the respondent decides to file additional confidential information or to withdraw certain confidential information that was before the Minister. The *amici curiae* are called upon to assume a substantial role.

[203] As the appellants will be able to make their case as to why the Minister's decision was unreasonable based on the information and evidence disclosed to them, and the summaries provided concerning the

que certains renseignements doivent rester confidentiels conformément à l'alinéa 16(6)b), le rôle des *amici curiae* consiste dans ce cas à aider le juge désigné à résumer ces renseignements d'une manière qui fournit aux appelants le plus de renseignements possible dans les limites fixées par la LSDA en ce qui a trait à la confidentialité.

[201] En jouant ce rôle à l'égard de la divulgation, les *amici curiae* peuvent offrir un point de vue contraire à celui de l'intimé pour faire en sorte que l'on donne le plus d'effet possible dans les circonstances au principe de la divulgation pleine et entière, de façon à fournir aux appelants le maximum de renseignements possible pour qu'ils puissent connaître la preuve qui pèse contre eux et avoir la possibilité d'y répondre (arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 51 à 63 et 110). Cela exige que l'on confie aux *amici curiae*, et ce, au bénéfice de la Cour, un mandat vigoureux pour contrer l'avantage que procure à l'intimé une audience *ex parte* et à huis clos; il sera question à la section suivante des pouvoirs que cela implique.

[202] Deuxièmement, si les circonstances viennent à exiger que certains renseignements ou autres éléments de preuve demeurent confidentiels conformément aux limites qu'impose la LSDA, le rôle des *amici curiae* consiste à représenter les intérêts des appelants quant à l'effet qu'ont ces renseignements ou ces autres éléments de preuve sur le caractère raisonnable de la décision du ministre de maintenir le nom des appelants sur la liste de la LSDA. Ce rôle a pour objet d'aider le juge désigné à rendre sa décision en se fondant sur les faits et le droit, ainsi qu'à l'aider à veiller à ce que l'on procure aux appelants une solution de rechange qui remplace pour l'essentiel la divulgation et la participation pleines et entières, et ce, dans le respect des limites de confidentialité fixées par la LSDA en ce qui a trait à la confidentialité. Ce rôle est également pertinent dans les cas où l'intimé décide de produire d'autres renseignements confidentiels ou de retirer certains renseignements confidentiels qui ont été présentés au ministre. Les *amici curiae* sont appelés à jouer un rôle important.

[203] Comme les appelants seront en mesure de faire valoir pourquoi la décision du ministre est déraisonnable en se fondant sur les renseignements et les éléments de preuve qui leur ont été divulgués ainsi que sur les

confidential information, their argument is limited given their inability to make full submissions that account for the confidential information and the respondent's submissions during the *ex parte* and *in camera* hearings on the merits of the Minister's decision. The role of the *amici curiae* is to understand the appellants' position and to represent their interests to the Court with regard to this confidential information and evidence in order to avoid a gap in the appeal where the interests of the appellants are not being presented to the Court. In other words, the *amici curiae* are tasked with arguing the unreasonableness of the Minister's decision under appeal, in a manner that is complementary to the appellants' position on the public evidence, based on the confidential information and evidence, during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeal. This is essential in permitting the designated judge to ground their decision on the facts and the law.

[204] Overall, the roles assigned to the *amici curiae*, and the powers assigned to them below, do go beyond the roles assigned to the *amici curiae* in *Telbani* and share many similarities with the role of a special advocate. This is due to the difference in circumstances and notably the absence of a considerable discretionary power to disclose information or other evidence if, in the judge's opinion, the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure. See subsection 38.06(2) of the *Canada Evidence Act* as well as the discussion on this discretionary power as a less intrusive alternative in *Charkaoui I*, at paragraph 77. This more interventionist role in light of the difference in circumstances is consistent with paragraph 31 of *Telbani*:

That said, the role of the *amicus* in such a proceeding may be modulated by the judge who appoints him or her to take into account the unique nature of an application under section 38 of the *CEA*. The very nature of the information to which the *amicus* will have access, the seriousness of the issues raised by the balancing of national security and the fairness of the proceedings, and the

résumés fournis au sujet des renseignements confidentiels, leur argumentation est restreinte parce qu'il leur est impossible de présenter des observations complètes qui tiennent compte des renseignements confidentiels et des observations faites par l'intimé lors des audiences *ex parte* et à huis clos au sujet du fond de la décision du ministre. Le rôle des *amici curiae* consiste à prendre connaissance de la position des appelants et à représenter leurs intérêts devant la Cour, relativement à ces renseignements et ces éléments de preuve confidentiels, afin d'éviter qu'il survienne dans l'appel une faille où les intérêts des appelants ne sont pas présentés à la Cour. Autrement dit, les *amici curiae* ont pour tâche de plaider le caractère déraisonnable de la décision du ministre qui est portée en appel, et ce, d'une manière qui complète la position des appelants au sujet des éléments de preuve publics, en se fondant sur les renseignements et les éléments de preuve confidentiels, pendant les volets « *ex parte* » et « à huis clos » de l'appel. Ce rôle est essentiel pour permettre au juge désigné de fonder sa décision sur les faits et le droit applicables.

[204] Dans l'ensemble, les rôles attribués aux *amici curiae*, ainsi que les pouvoirs qui leur sont attribués ci-après, vont au-delà des rôles attribués aux *amici curiae* dans l'affaire *Telbani*, et ils comportent de nombreuses similitudes avec le rôle d'un avocat spécial. Cela est dû aux situations différentes et notamment à l'absence d'un pouvoir discrétionnaire considérable permettant au juge d'autoriser la divulgation des renseignements ou d'autres éléments de preuve s'il estime que l'intérêt public à l'égard de la divulgation l'emporte sur l'intérêt public à l'égard de la non-divulgation. Voir le paragraphe 38.06(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* ainsi que l'analyse relative à ce pouvoir discrétionnaire, conçu comme une solution moins attentatoire, dans l'arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 77. Ce rôle plus interventionniste, compte tenu de la différence de situations, est compatible avec le paragraphe 31 de la décision *Telbani* :

Ceci dit, le rôle de l'*amicus* dans une telle procédure pourra être modulé par le juge qui le nomme pour tenir compte du caractère très particulier d'une demande présentée sous l'autorité de l'article 38 de la *LPC*. La nature même des renseignements auxquels l'*amicus* aura accès, la gravité des enjeux que soulève l'équilibrage de la sécurité nationale et l'équité des procédures, et le degré de

degree of transparency with which the Attorney General as well as the witnesses called in support of the application discharge their duties, are factors that may lead an *amicus* to play a more or less interventionist role depending on the circumstances.

[205] This discretion afforded to the designated judge is once again confirmed by Justice de Montigny in *Huang*, at paragraph 36, this time in his position at the Federal Court of Appeal, where it is noted that “it is for the court appointing an *amicus* to determine precisely the role and attributions it intends to confer on the *amicus*.”

[206] In other words, *Telbani* and *Huang* teach us that an *amicus curiae* is not analogous to a special advocate but can fulfill a similar function as a substantial substitute if an appointing judge deems that the circumstances require an *amicus curiae* with a robust interventionist mandate to represent the interests of an excluded party and to play a role opposite to the respondent in *ex parte* and *in camera* proceedings.

[207] In addition to the comments made, it must be noted that an application pursuant to section 38 of the *Canada Evidence Act* only deals with disclosure issues while the designated judge in *SATA* appeals must also determine the reasonableness of the decision under appeal. This difference also accounts for any differences in the *amici curiae*'s mandates.

[208] Moreover, there are many cases where designated judges have found that the circumstances merited the appointment of an *amicus curiae* with a robust role to represent the interests of an excluded party. For instance, keeping in mind the comments above regarding the ability to appoint an *amicus curiae* to act “on behalf” of a party, it is nevertheless worth noting Justice Mosley's statements at paragraphs 31–32 in *Khadr*:

transparence avec lequel le Procureur général ainsi que les témoins appelés au soutien de la demande s'acquittent de leur fonction, sont autant de facteurs qui pourront amener un *amicus* à jouer un rôle plus ou moins interventionniste selon les circonstances.

[205] Ce pouvoir discrétionnaire qui est conféré au juge désigné est une fois de plus confirmé par le juge de Montigny dans l'arrêt *Huang*, au paragraphe 36, cette fois-ci en qualité de juge à la Cour d'appel fédérale, où il signale que « c'est à la cour qui nomme un *amicus* de déterminer précisément le rôle et les attributions qu'elle entend lui conférer ».

[206] Autrement dit, la décision *Telbani* et l'arrêt *Huang* nous enseignent qu'un *amicus curiae* n'est pas l'équivalent d'un avocat spécial, mais qu'il peut remplir une fonction semblable comme solution de rechange qui remplace pour l'essentiel les droits niés si le juge qui le désigne considère que les circonstances requièrent la présence d'un *amicus curiae* investi d'un mandat interventionniste vigoureux pour représenter les intérêts d'une partie exclue et pour jouer un rôle opposé à celui de l'intimé dans une instance *ex parte* et à huis clos.

[207] Outre les commentaires qui précèdent, il convient de signaler qu'une demande présentée en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne porte que sur des questions de communication, tandis que dans un appel fondé sur la LSDA, le juge désigné doit également déterminer le caractère raisonnable de la décision portée en appel. Cette différence explique aussi les différences qu'il peut y avoir dans les mandats des *amici curiae*.

[208] Par ailleurs, nombreuses sont les affaires dans lesquelles les juges désignés ont décidé que les circonstances justifiaient la nomination d'un *amicus curiae* chargé d'un rôle vigoureux pour représenter les intérêts d'une partie exclue. Par exemple, tout en gardant à l'esprit les commentaires faits plus tôt au sujet de la capacité de nommer un *amicus curiae* pour qu'il agisse « pour le compte » d'une partie, j'estime qu'il est néanmoins utile de rappeler les déclarations du juge Mosley aux paragraphes 31 et 32 de la décision *Khadr* :

Counsel have drawn my attention to a number of cases in which *amici* have been appointed by the courts in diverse circumstances. In *LePage v. Ontario* (2006), 214 C.C.C. (3d) 105, the Ontario Court of Appeal considered the authority of the mental health board to appoint an *amicus* to present submissions on behalf of a person found not criminally responsible by reason of mental disorder. In describing the role of the *amicus* for a unanimous panel, Juriansz J.A. stated the following at paragraph 29:

I would not adopt an unduly technical approach to the question. Certainly, *amicus curiae* appointed by the court have no solicitor-client relationship with the accused and may be described as counsel to the court. However, the role of *amicus curiae* is not strictly defined and continues to evolve. One of the roles of *amicus curiae* has been recognized as being an assistant to the court when “there is a failure to present the issues (as, for example, where one side of the argument has not been presented to the Court)”.... In my view *amicus curiae* may be appointed by the Board and assigned the role of presenting the issues favouring the accused which otherwise might not be raised. I am satisfied that an *amicus curiae* who is assigned this role may be said to “act for the accused”. [Authority cited omitted.]

Similarly, I am of the view that in the context of a section 38 application related to a criminal proceeding, such as in the present case, an *amicus* appointed by the Court may present the issues favouring the person seeking disclosure of the information during the *ex parte* portion of the proceedings and may be said in that respect to act for the individual at that stage. But the *amicus* has no solicitor-client relationship with the individual and his or her role will be to assist the Court in arriving at a just determination of the issues.

[209] Indeed, given the important Charter rights at play in the underlying criminal proceedings, the Court in *Khadr* found it necessary to appoint an *amicus curiae* with a robust role and interventionist powers.

[210] Moreover, in *Section 18.1 CSIS Act (Re)*, in the context of a privilege claim under section 18.1 of the

Les avocats ont attiré mon attention sur un certain nombre de causes dans lesquelles des *amici* ont été nommés par les cours dans diverses circonstances. Dans *LePage v. Ontario* (2006), 214 C.C.C. (3d) 105, la Cour d’appel de l’Ontario a examiné le pouvoir de la commission de la santé mentale de nommer un *amicus* en vue de formuler des observations au nom d’une personne déclarée non responsable criminellement pour cause d’aliénation mentale. En décrivant le rôle de l’*amicus* au nom d’une formation unanime, le juge Juriansz a déclaré ce qui suit au paragraphe 29 :

[TRADUCTION] Je n’adopterai pas une approche trop technique à la question. Il est certain que l’*amicus curiae* nommé par la cour n’entretient aucune relation avocat-client avec l’accusé et peut être décrit comme étant un conseiller de la cour. Toutefois, le rôle de l’*amicus curiae* n’est pas défini d’une manière rigoureuse et il continue d’évoluer. L’un des rôles de l’*amicus curiae* a été reconnu comme étant celui d’assistant de la cour lorsque « toutes les questions en litige n’ont pas été soumises (par exemple, lorsque lorsqu’un aspect de l’argument n’a pas été présenté à la Cour) » [...] Selon moi, un *amicus curiae* peut être nommé par la Commission et se voir confi[er] le rôle qui consiste à soumettre les questions en litige favorisant l’accusé qui autrement ne seraient peut-être pas soulevées. Je suis convaincu qu’un *amicus curiae* qui se voit confier ce rôle peut être considéré comme « agissant pour l’accusé ». [Jurisprudence citée omise]

De même, je crois que dans le contexte d’une demande présentée en vertu de l’article 38 en rapport avec une instance criminelle, comme en l’espèce, un *amicus* nommé par la Cour peut soulever des questions favorisant la personne qui demande la communication des renseignements durant la partie *ex parte* de l’instance et peut être considéré à cet égard comme représentant la personne à ce stade. Mais l’*amicus* n’entretient aucune relation avocat-client avec la personne et son rôle consiste à aider la Cour à trancher les questions de façon équitable.

[209] En fait, compte tenu des importants droits garantis par la Charte qui étaient en jeu dans l’instance criminelle sous-jacente dans l’affaire *Khadr*, la Cour a jugé nécessaire de nommer un *amicus curiae* investi d’un rôle vigoureux et de pouvoirs interventionnistes.

[210] Par ailleurs, dans l’arrêt *Article 18.1 de la Loi sur le SCRS (Re)*, dans le contexte d’une revendication de



CSIS Act, Boivin J.A. of the Federal Court of Appeal found [at paragraph 44] that:

The appropriate course of action in such a case is, in my view, to appoint an *amicus curiae* or a special advocate for the purpose of providing a different perspective than that of the Attorney General on the issue of section 18.1 privilege claims.

[211] In describing the appropriate role and powers a designated judge must assign an *amicus curiae* in this context, the Federal Court of Appeal laid out a mandate that is very similar to the special advocate's. Indeed, the Federal Court of Appeal stated that an *amicus curiae* is necessary to present "a different perspective than that of the government" (*Section 18.1 CSIS Act (Re)*, at paragraph 53) during *ex parte* and *in camera* proceedings, to test the privilege claims of the government, and to keep "the designated judge in a more adjudicative role, rather than inquisitorial role" (*Section 18.1 CSIS Act (Re)*, at paragraph 57). The Federal Court of Appeal reasoned that assigning such a role would, as much as possible, help give effect to the "underlying party's right to full and fair disclosure" (*Section 18.1 CSIS Act (Re)*, at paragraph 54) and stated that it helps designated judges fulfill their role as "'gatekeeper[s]'" (*Section 18.1 CSIS Act (Re)*, at paragraph 47).

[212] Similarly, this Court also appointed an *amicus curiae* and assigned a more interventionist adversarial role in line with that of a special advocate in *CSIS Act (Re) (2008)*, at paragraph 3; the Honourable Ron Atkey was tasked with presenting "the opposite point of view presented by the CSIS to support the application for warrants."

[213] That being said, although it is clear that the overall roles assigned to the *amici curiae* in my order dated October 7, 2019, are more interventionist and have many similarities to the role of a special advocate under the IRPA, notably due to the many similarities between both legislative schemes, as analyzed above, the inherent limits of the *amicus curiae*'s role, as stated in *Telbani*, at

privilege présentée en vertu de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS, le juge Boivin, de la Cour d'appel fédérale, a conclu ce qui suit [au paragraphe 44]:

À mon avis, la meilleure chose à faire dans un tel cas, c'est de nommer un *amicus curiae* ou un avocat spécial afin qu'il puisse offrir une perspective différente de celle de la procureure générale sur la question des revendications de privilège en vertu de l'article 18.1.

[211] En décrivant le rôle et les pouvoirs qu'un juge désigné doit attribuer à un *amicus curiae* dans ce contexte, la Cour d'appel fédérale a dépeint un mandat qui est fort semblable à celui de l'avocat spécial. En fait, elle a déclaré qu'un *amicus curiae* est nécessaire pour « profiter d'un point de vue différent de celui du gouvernement. » (arrêt *Article 18.1 de la LSCRS (Re)*, au paragraphe 53) lors d'une instance *ex parte* et à huis clos, pour vérifier les revendications de privilège du gouvernement ainsi que pour « permet[tre] ainsi [au juge désigné] d'être davantage investi d'une fonction juridictionnelle plutôt que d'une fonction inquisitoire » (arrêt *Article 18.1 de la LSCRS (Re)*, au paragraphe 57). La Cour d'appel fédérale a jugé que le fait d'attribuer un tel rôle aiderait, dans toute la mesure du possible, à donner effet au « droit de la partie à la procédure principale à une divulgation complète et juste » (arrêt *Article 18.1 de la LSCRS (Re)*, au paragraphe 54) et que cela aide les juges désignés à s'acquitter de leur rôle de « "gardien[s]" » (arrêt *Article 18.1 de la LSCRS (Re)*, au paragraphe 47).

[212] De façon similaire, notre Cour a également nommé un *amicus curiae* et lui a attribué un rôle plus interventionniste dans un cadre procédural contradictoire qui correspond à celui d'un avocat spécial dans la décision *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re) (2008)*, au paragraphe 3; l'honorable Ron Atkey a été chargé de présenter « le point de vue opposé à celui présenté par le SCRS à l'appui de la demande de mandats ».

[213] Cela dit, bien qu'il soit clair que les rôles généraux qui ont été attribués aux *amici curiae* dans mon ordonnance datée du 7 octobre 2019 sont plus interventionnistes et comportent de nombreuses similitudes avec celui d'un avocat spécial nommé sous le régime de la LIPR, notamment à cause des nombreuses similitudes entre les deux régimes législatifs comme nous l'avons

paragraphs 27–32 and *Huang*, at paragraphs 35–37, still apply. The role of the *amici curiae* assigned in the order dated October 7, 2019, must not be read as analogous to a special advocate—the *amici curiae* remain friends of the Court and have no solicitor-client relationship privilege with the appellants, except for the extension of the appellants’ solicitor-client privilege with their counsel to communications between the *amici curiae* and the appellants and their counsel to foster meaningful and open communication. As such, I must reject the interpretation of the role of the *amici curiae* presented by Mr. Dulai’s counsel as one that tasks the *amici curiae* with protecting the interests of the appellants and assuming the functions of the appellants’ counsel during the *ex parte* and *in camera* proceedings. In the circumstances, the distance separating the friend of the court and the special advocate is not nearly as wide as in other circumstances; however, there is a line and it is important that it be defined.

[214] The gap between representing the interests of an individual and protecting the interests of an individual, the latter being the role assigned to special advocates by subsection 85.1(1) of the IRPA, may account for several nuances. For instance, as *amici curiae* are appointed to assist the Court, there may be circumstances where their mandates to represent the interests of a party excluded from the proceedings and their duties of loyalty to the Court conflict; for example, a situation where raising a certain point of law would greatly assist the Court in fulfilling its duties but would not necessarily be favourable to the party whose interests are being represented by the *amicus curiae*. This is contemplated in *Telbani*, at paragraph 29. In sum, although representing the interests of the appellants before this Court during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeal is the way in which the *amici curiae* assist the designated judge in fulfilling their duties to ensure a fair judicial process in the circumstances and to decide the reasonableness of the Minister’s decision, the *amici curiae* must exercise this role in accordance with their inherent role of assisting the Court; their duty is always to the Court and not the appellants. This is not the case for counsel to

vu plus tôt, les limites inhérentes au rôle que joue l’*amicus curiae*, exposées dans la décision *Telbani*, aux paragraphes 27 à 32, et dans l’arrêt *Huang*, aux paragraphes 35 à 37, s’appliquent encore. Le rôle attribué aux *amici curiae* dans l’ordonnance datée du 7 octobre 2019 ne doit pas être considéré comme analogue à celui d’un avocat spécial — les *amici curiae* demeurent des amis de la cour et ils n’ont aucun privilège avocat-client avec les appelants, sauf pour ce qui est de l’extension du privilège avocat-client des appelants sur les communications entre les *amici curiae* et les appelants et leurs avocats de façon à favoriser une communication utile et ouverte. Cela étant, il me faut rejeter l’interprétation du rôle des *amici curiae* que présentent les avocats de M. Dulai, à savoir que les *amici curiae* ont pour tâche de protéger les intérêts des appelants et d’assumer les fonctions des avocats des appelants lors de l’instance *ex parte* et à huis clos. Dans les circonstances, la distance qui sépare l’ami de la cour et l’avocat spécial est loin d’être aussi large que dans d’autres circonstances; cependant, il y a une ligne de démarcation et il est important que celle-ci soit définie.

[214] La différence entre la représentation des intérêts d’une personne et la protection des intérêts d’une personne — ce dernier étant le rôle attribué aux avocats spéciaux par le paragraphe 85.1(1) de la LIPR — peut expliquer plusieurs nuances. Par exemple, comme les *amici curiae* sont nommés pour aider la Cour, il peut y avoir des situations dans lesquelles leur mandat de représentation des intérêts d’une partie exclue de l’instance et leurs obligations de loyauté envers la Cour entrent en conflit; ce serait le cas, par exemple, lorsque le fait de soulever un certain point de droit aiderait nettement la Cour à s’acquitter de ses fonctions mais ne serait pas forcément favorable à la partie dont l’*amicus curiae* représente les intérêts. C’est ce qui est envisagé dans la décision *Telbani*, au paragraphe 29. En résumé, même si en représentant les intérêts des appelants devant notre Cour pendant les volets « *ex parte* » et « à huis clos » de l’appel les *amici curiae* aident le juge désigné à s’acquitter de ses obligations d’assurer un processus judiciaire équitable dans les circonstances et de se prononcer sur le caractère raisonnable de la décision du ministre, les *amici curiae* sont tenus d’exercer ce rôle en accord avec leur rôle inhérent, qui consiste à aider la Cour, et leur

the appellants or a special advocate, subject of course, to their duties as officers of the Court. Whether this inherent limit in the role of the *amici curiae* prevents the Court in providing the appellants with an adequate substantial substitute is a question that will be decided when the Court considers the alleged Charter rights violations by the appellants.

(iii) The Mandate of the *Amici Curiae*

[215] As stated above, the *amici curiae* must assume a robust interventionist mandate to represent the interests of the appellants in the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals given the important limits on full disclosure and full participation imposed by the SATA and the alleged violations of Charter rights. This is required in order to assist the Court in fulfilling its duty to ensure a fair judicial process and its duty to review the reasonableness of the Minister's decision. As such, my order dated October 7, 2019, assigned the following powers to the *amici curiae*: (a) to meet and communicate with the appellants; (b) to access the confidential information or other evidence; (c) to assist in the preparation of summaries of information; (d) to make oral and written submissions and attend hearings; and (e) to examine the witnesses. I will proceed to specify the breadth of each of these powers, their limits, and why they are essential in assisting this Court in fulfilling its duties.

[216] As the order so specifies, it may be varied at the request of the parties or the *amici curiae*. At the time this order was issued, the Court had not read any of the information subject to the respondent's confidentiality claims in order to ensure it would not be influenced by these claims. Eight months have now passed. Therefore, with the participation of all parties and the *amici curiae*, there may be valid reasons to review this order. As we have seen above, an *amicus curiae*'s mandate is contextual. As things change throughout a proceeding, an *amicus curiae*'s mandate must be adapted as well, of course,

devoir est toujours envers la Cour et non envers les appelants. Cela n'est pas le cas des avocats des appelants ou d'un avocat spécial, sous réserve, bien sûr, de leurs obligations en tant qu'officiers de justice. La question de savoir si cette limite inhérente au rôle des *amici curiae* empêche la Cour de fournir aux appelants une solution de rechange adéquate qui remplace pour l'essentiel les droits niés est une question qui sera tranchée au moment où la Cour examinera les violations des droits garantis par la Charte alléguées par les appelants.

(iii) Le mandat des *amici curiae*

[215] Comme il a été mentionné plus tôt, les *amici curiae* doivent jouer un rôle interventionniste vigoureux afin de représenter les intérêts des appelants dans les volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels, compte tenu des limites importantes qu'impose la LSDA en ce qui a trait à la divulgation et à la participation pleines et entières ainsi que des allégations de violation de droits garantis par la Charte. Ce rôle est nécessaire pour aider la Cour à s'acquitter de son obligation d'assurer un processus judiciaire équitable et de contrôler le caractère raisonnable de la décision du ministre. Cela étant, dans mon ordonnance datée du 7 octobre 2019, j'ai attribué les pouvoirs suivants aux *amici curiae* : a) rencontrer les appelants et communiquer avec eux; b) consulter les renseignements ou d'autres éléments de preuve confidentiels; c) aider à préparer les résumés des renseignements; d) présenter des observations orales et écrites et assister aux audiences; e) interroger les témoins. Je vais maintenant préciser l'étendue de chacun de ces pouvoirs, leurs limites, et les raisons pour lesquelles ils sont essentiels pour aider la Cour à s'acquitter de ses obligations.

[216] Comme le précise l'ordonnance, celle-ci peut être modifiée à la demande des parties ou des *amici curiae*. À l'époque où l'ordonnance a été rendue, la Cour n'avait lu aucun des renseignements visés par les revendications de confidentialité de l'intimé afin d'être sûre de ne pas être influencée par ces dernières. Huit mois se sont maintenant écoulés. En conséquence, avec la participation de toutes les parties et des *amici curiae*, il peut y avoir de bonnes raisons de réviser cette ordonnance. Comme nous l'avons vu plus tôt, le mandat de l'*amicus curiae* est de nature contextuelle. Comme la situation change

always in a manner that limits any prejudice or injury to the parties.

a. Meet and Communicate with the Appellants

[217] In my order appointing the *amici curiae*, I ordered the following regarding the *amici curiae*'s power to meet and communicate with the appellants and/or their counsel:

3. In a timely manner, and until such time as the *amici* have had access to the confidential information and documents in this application, one of the *amici* (or two if deemed necessary) may meet or communicate with counsel for the Appellants for the purpose of understanding matters of interest to the Appellants in relation to the information and documents to be reviewed, including communicating with the Appellants themselves, in the presence of their counsel, if counsel for the Appellants and the *amici* believe it to be necessary and the Appellants agree;

4. The Appellants and their counsel may transmit to the *amici* a list of relevant questions or submissions the Appellants would like the *amici* to raise and submit to the Court during the portion of the proceeding of these appeals which will be held in the absence of the public and of the Appellants and their counsel;

...

6. Once the *amici* have accessed to the confidential information in this application, the *amici* shall not have any communication with the Appellants or their counsel without prior leave of the Court;

7. For clarity, paragraph 6 of this Order does not prohibit counsel for the Appellants from sending one-way communications to the *amici* at any time during the proceeding, the receipt of which the *amici* may acknowledge;

8. Any communication between the Appellants and their counsel, which is protected by solicitor/client or litigation privilege, will not lose that privilege if it is shared with the *amici*;

tout au long du déroulement d'une instance, il est bien sûr obligatoire d'adapter ce mandat, et ce, toujours d'une manière qui limite le risque de porter atteinte de quelque manière que ce soit aux parties.

a. Rencontrer les appelants et communiquer avec eux

[217] Dans mon ordonnance de nomination des *amici curiae*, j'ai ordonné ce qui suit au sujet de leur pouvoir de rencontrer les appelants ou leurs avocats et de communiquer avec eux :

3. En temps opportun, et en attendant que les *amici curiae* aient eu accès aux renseignements et aux documents confidentiels dont il est question dans la présente demande, l'un des *amici* ou les deux s'ils l'estiment nécessaire peuvent se réunir ou communiquer avec les conseils des appelants dans le but de comprendre les sujets qui intéressent ces derniers, relativement aux renseignements et aux documents à examiner, ce qui inclut le fait de communiquer avec les appelants eux-mêmes, en présence de leurs conseils, si ces derniers et les *amici* croient qu'il est nécessaire de le faire et si les appelants en conviennent;

4. Les appelants et leurs conseils peuvent transmettre aux *amici* une liste de questions ou d'observations pertinentes que les appelants aimeraient que les *amici* soulèvent et présentent à la Cour pendant la partie de l'audition des présents appels qui se déroulera en leur absence ainsi qu'en l'absence de leurs conseils et du public;

[...]

6. Une fois qu'ils auront consulté les renseignements confidentiels dont il est question dans la présente demande, les *amici* ne pourront communiquer avec les appelants ou leurs conseils qu'après avoir obtenu au préalable l'autorisation de la Cour;

7. Par souci de clarté, le paragraphe 6 de la présente ordonnance n'interdit pas aux avocats des appelants de transmettre des communications unilatérales aux *amici* au cours de l'instance, et ces derniers peuvent accuser réception de ces communications;

8. Toutes les communications entre les appelants et leurs conseils, lesquelles sont protégées par le privilège avocat-client ou le privilège relatif au litige, ne perdront pas ce privilège si elles sont partagées avec les *amici*;

...

12. The Respondent will pay reasonable fees and disbursements, including travelling expenses of each amicus if required and the *amici* will do their utmost to ensure that they shall be reasonable;

[218] Ensuring that the *amici curiae* have the power to meaningfully communicate with the appellants and their counsel is essential to their role in representing the appellants' interests to the Court during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals (*Harkat (2014)*, at paragraph 70). It is also a key component in assisting the Court in its attempt to ensure the fairness of the judicial process. The *amici curiae* cannot assist the Court in representing the interests of the appellants during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals if they do not possess a thorough understanding of the appellants' concerns, positions, and interests. It is therefore essential that the Court sculpt a mandate that permits such a free-flowing exchange between the appellants, their counsel, and the *amici curiae*. As such, this is why preserving solicitor/client or litigation privilege in communications with the *amici curiae*, authorizing travel for in-person meetings, and ensuring sufficient time for in-depth communication are key elements in the *amici curiae*'s mandate; they provide the *amici curiae* with the tools to assume the robust and interventionist representation of the appellants' interests required to assist the Court in making a knowledgeable determination of the reasonableness of the Minister's decision via a fair judicial process. However, it is important to note that the assigned communication powers do not create or extend solicitor-client privilege to the *amici curiae*, they simply ensure that the *amici curiae* keep confidential any information obtained from the appellants and their counsel that is subject to the solicitor-client privilege between the appellants and their counsel—sharing their perspective with the *amici curiae* so that they may assist the Court must not put at risk the appellants' privilege.

[...]

12. L'intimé paiera les honoraires et débours raisonnables, y compris les frais de déplacement de chaque *amicus*, le cas échéant, et les *amici* feront tout leur possible pour faire en sorte que ces montants soient raisonnables;

[218] Faire en sorte que les *amici curiae* aient le pouvoir de communiquer valablement avec les appelants et leurs avocats est essentiel au rôle qui leur est confié de représenter les intérêts des appelants auprès de la Cour lors des volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels (arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 70). Il s'agit également d'un élément clé qui aide la Cour à assurer l'équité du processus judiciaire. Les *amici curiae* ne peuvent pas aider la Cour à représenter les intérêts des appelants lors des volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels s'ils n'ont pas une connaissance détaillée des préoccupations, des positions et des intérêts des appelants. Il est donc essentiel que la Cour conçoive un mandat qui autorise les appelants, leurs avocats et les *amici curiae* à s'échanger librement des informations. C'est la raison pour laquelle le fait de préserver le privilège avocat-client ou le privilège relatif au litige lors des communications avec les *amici curiae*, le fait d'autoriser des déplacements pour des réunions en personne et le fait de prévoir une période suffisante pour qu'il puisse y avoir des communications approfondies constituent des éléments clés du mandat des *amici curiae*; ces éléments procurent à ces derniers les outils nécessaires pour assurer la représentation vigoureuse et interventionniste des intérêts des appelants dont la Cour a besoin pour pouvoir déterminer de manière éclairée le caractère raisonnable de la décision du ministre dans le cadre d'un processus judiciaire équitable. Il est toutefois important de signaler que les pouvoirs de communication attribués ne créent pas ou n'étendent pas le privilège avocat-client en faveur des *amici curiae*; ces pouvoirs garantissent simplement que les *amici curiae* préservent la confidentialité des renseignements qu'ils obtiennent des appelants et de leurs avocats et qui sont assujettis au privilège avocat-client qui lie les appelants et leurs avocats — faire part de leur point de vue aux *amici curiae* afin que ceux-ci puissent aider la Cour ne doit pas compromettre le privilège des appelants.

[219] Still, as the SATA imposes limits on full disclosure and a duty on the designated judge to ensure the confidentiality of the information or other evidence that would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed, certain limits must be imposed on the communication between the *amici curiae* and the appellants to minimize serious risk of disclosure. These limits are inevitable. As such, this order limits the *amici curiae*'s ability to communicate with the appellants and their counsel after they have been given access to the confidential information or evidence in these appeals (*Harkat (2014)*, at paragraphs 67–72).

[220] However, given the importance of meaningful communication between the appellants and the *amici curiae*, a designated judge must seek to secure the confidential information or other evidence in the least intrusive manner possible. As such, this is why this order makes clear that these limits in no way restrict the appellants and their counsel from sending one-way communication to the *amici curiae* once the latter has been given access to the confidential information—this includes “a list of relevant questions or submissions the Appellants would like the amici to raise and submit to the Court” during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals. This is key in keeping the *amici curiae* abreast of the appellants' interests as they evolve throughout the appeals and according to the summaries being issued.

[221] Moreover, in keeping with this attempt to secure the confidential information or other evidence in the least intrusive manner possible, preserving the designated judge's discretion to permit future two-way communication between the appellants and their counsel with the *amici curiae* following their access to the confidential information or other evidence is essential as is exercising this discretion in a cautious but liberal manner. Rigid limits on two-way communication must not be preferred over the exercise of thoughtful discretion, notably when one party is not provided with full disclosure and full participation. This is why this discretion is preserved in this order and why I have already authorized

[219] Toutefois, étant donné que le LSDA impose des limites à la divulgation complète et oblige le juge désigné à garantir la confidentialité des renseignements ou des autres éléments de preuve qui, s'ils étaient divulgués, seraient susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui, il est nécessaire d'imposer certaines limites aux communications entre les *amici curiae* et les appelants de façon à réduire le plus possible les risques de divulgation. Ces limites sont inévitables. Cela étant, l'ordonnance restreint la capacité qu'ont les *amici curiae* de communiquer avec les appelants et leurs avocats une fois qu'ils ont eu accès aux renseignements ou aux éléments de preuve confidentiels dans les présents appels (arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 67 à 72).

[220] Cependant, vu l'importance de communications constructives entre les appelants et les *amici curiae*, le juge désigné doit chercher à sécuriser les renseignements ou les autres éléments de preuve confidentiels de la manière la moins intrusive possible. Par conséquent, l'ordonnance indique clairement que ces limites n'empêchent nullement les appelants et leurs avocats d'envoyer des communications unilatérales aux *amici curiae* une fois que ces derniers ont eu accès aux renseignements confidentiels — cela inclut [TRADUCTION] « une liste de questions ou d'observations pertinentes que les appelants aimeraient que les *amici* soulèvent et présentent à la Cour » lors des volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels. Cela est important pour tenir les *amici curiae* au courant des intérêts des appelants, qui évoluent tout au long des appels et en fonction des résumés fournis.

[221] Par ailleurs, dans le contexte de cette tentative de sécuriser les renseignements ou les autres éléments de preuve confidentiels de la manière la moins intrusive qui soit, il est essentiel que le pouvoir discrétionnaire du juge désigné d'autoriser toute communication bilatérale entre les appelants, leurs avocats et les *amici curiae* après que ces derniers ont eu accès aux renseignements ou aux autres éléments de preuve confidentiels soit préservé et qu'il exerce ce pouvoir discrétionnaire de manière prudente, mais libérale. Il est préférable d'exercer un pouvoir discrétionnaire judicieux plutôt que d'imposer de strictes limites aux communications bilatérales, notamment dans les cas où l'une des parties ne bénéficie

further two-way communication between the appellants and their counsel and the *amici curiae*, after the latter were given access to the confidential information and evidence, when the respondent lifted further redactions.

[222] Finally, the importance of these less intrusive means to protect confidential information or other evidence in communications between the appellants and their counsel and the *amici curiae* is supported by *Harkat (2014)*, at paragraphs 68–71 when discussing similar provisions in the IRPA:

The communications restrictions imposed on special advocates are significant, requiring judicial authorization for *any* communication regarding the proceedings between the special advocates and the named person or a third party, after the special advocates have received confidential materials. However, they do not render the scheme unconstitutional. I come to this conclusion for three reasons.

First, the restrictions on communications by the special advocates are not absolute. They can be lifted with judicial authorization, subject to conditions deemed appropriate by the designated judge: s. 85.4(2), *IRPA*. While this process is less fluid and efficient than the unfettered communications that prevail between a lawyer and his client, it should be remembered that s. 7 of the *Charter* does not guarantee a perfect process. The judicial authorization process gives the designated judge a sufficiently broad discretion to allow all communications that are necessary for the special advocates to perform their duties.

The broad discretion conferred by the *IRPA* scheme averts unfairness that might otherwise result from the communications restrictions. The designated judge can ensure that the special advocates function as closely as possible to ordinary counsel in a public hearing. The restrictions on communications are designed to avert *serious* risks of disclosure of information or evidence whose disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person. While the *IRPA* scheme requires the judge to minimize risks of inadvertent disclosure of information, the judge must also give special advocates significant latitude. The special advocates are competent and security-cleared lawyers, who take their professional

pas d'une divulgation et d'une participation pleines et entières. C'est la raison pour laquelle ce pouvoir discrétionnaire est préservé dans l'ordonnance et j'ai déjà autorisé d'autres communications bilatérales entre les appelants, leurs avocats et les *amici curiae*, après que ces derniers ont eu accès aux renseignements et aux éléments de preuve confidentiels, quand l'intimé a enlevé le caviardage d'autres passages.

[222] Enfin, l'importance de ces moyens moins intrusifs de protéger les renseignements ou les autres éléments de preuve confidentiels lors des communications entre les appelants, leurs avocats et les *amici curiae* est étayée par l'arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 68 à 71, où sont analysées des dispositions semblables de la LIPR :

Les restrictions aux communications auxquelles doivent se conformer les avocats spéciaux sont certes importantes. Après que ces derniers ont reçu des renseignements confidentiels, *toute* communication relative aux procédures, entre eux et la personne visée ou un tiers, doit faire l'objet d'une autorisation judiciaire préalable. Toutefois, elles ne rendent pas le régime inconstitutionnel. J'en arrive à cette conclusion pour trois raisons.

Premièrement, les restrictions aux communications par les avocats spéciaux ne sont pas absolues. Elles peuvent être levées par une autorisation judiciaire, aux conditions que le juge désigné estime indiquées : par. 85.4(2), *LIPR*. Même si ce processus est moins fluide et efficace que celui des communications illimitées qui prévalent entre un avocat et son client, il ne faut pas oublier que l'art. 7 de la *Charte* ne garantit pas l'existence d'un processus parfait. Le recours à l'autorisation judiciaire donne au juge désigné un pouvoir discrétionnaire suffisamment vaste pour autoriser toutes les communications nécessaires afin que les avocats spéciaux s'acquittent de leurs fonctions.

Le vaste pouvoir discrétionnaire conféré au juge par le régime de la *LIPR* prévient l'iniquité qui pourrait autrement découler des restrictions aux communications. Le juge désigné peut s'assurer que les avocats spéciaux agissent autant que possible comme le feraient des avocats ordinaires au cours d'audiences publiques. Les restrictions aux communications visent à éviter les risques *sérieux* rattachés à la communication de renseignements ou d'éléments de preuve qui porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui. Bien que le régime établi par la *LIPR* exige que le juge minimise les risques de communication par inadvertance de renseignements, il doit aussi donner aux avocats spéciaux une grande latitude.

and statutory obligations seriously. They have the ability to distinguish between the public and confidential aspects of their case. The judge should take a liberal approach in authorizing communications and only refuse authorization where the Minister has demonstrated, on a balance of probabilities, a real — as opposed to a speculative — risk of injurious disclosure. As much as possible, the special advocates should be allowed to investigate the case and develop their strategy by communicating with the named person, the named person’s public counsel, and third parties who may bring relevant insights and information.

Second, the named person and his public counsel can send an unlimited amount of one-way communications to the special advocates at any time throughout the proceedings. This is significant. As discussed above, the public summaries provided on an ongoing basis to the named person will ensure that he or she is sufficiently informed to provide meaningful guidance and information to the special advocates. These summaries should elicit helpful one-way communications from the named person to the special advocates. And these one-way communications may in turn give rise to requests from the special advocates for judicial permission to communicate with the named person in order to obtain needed clarifications or additional information. [Emphasis in original.]

b. Access to the Confidential Information or Other Evidence

[223] In my order appointing the *amici curiae*, I ordered the following regarding the *amici curiae*’s access to the confidential information and other evidence in these appeals:

2. The *amici* shall have access to the confidential information in these appeals as determined by the Court;

...

9. The *amici* will keep confidential from the Appellants, their counsel, and any other persons not participating in the in camera ex parte hearing, all information and documents to which the *amici* has had access;

Ces derniers sont des avocats compétents qui possèdent une habilitation de sécurité. Ils s’acquittent de leurs obligations professionnelles et légales avec sérieux. Ils ont la capacité de faire la différence entre les aspects publics et confidentiels de leur dossier. Le juge devrait donc adopter une approche libérale lorsqu’il est question d’autoriser les communications et ne refuser son autorisation que dans les cas où le ministre a fait la preuve, selon la prépondérance des probabilités, d’un risque réel — par opposition à un risque potentiel — de préjudice en cas de communication. Dans toute la mesure du possible, les avocats spéciaux devraient être autorisés à examiner le dossier et à élaborer leur stratégie en communiquant avec la personne visée et ses avocats publics, ainsi qu’avec des tiers qui pourraient leur fournir des points de vue et des renseignements pertinents.

Deuxièmement, la personne visée et ses avocats publics peuvent, eux, transmettre aux avocats spéciaux, à tout moment durant les procédures, une quantité illimitée de renseignements. Cela est important. Comme nous l’avons mentionné, les résumés publics fournis de manière continue à la personne visée garantiront qu’elle est suffisamment informée pour être en mesure de donner des indications et des renseignements adéquats aux avocats spéciaux. Ces résumés devraient permettre à la personne visée de communiquer à sens unique utilement avec les avocats spéciaux. D’ailleurs, ces communications pourraient en retour inciter les avocats spéciaux à demander la permission au juge de communiquer avec la personne visée de manière à obtenir des clarifications nécessaires ou des renseignements supplémentaires. [Italiques dans l’original.]

b. L’accès aux renseignements ou aux autres éléments de preuve confidentiels

[223] Dans mon ordonnance de nomination des *amici curiae*, j’ai ordonné ce qui suit au sujet de l’accès de ces derniers aux renseignements et aux autres éléments de preuve confidentiels dans le cadre des présents appels :

2. Les *amici* auront accès aux renseignements confidentiels dont il est question dans les présents appels, selon ce qu’aura décidé la Cour;

[...]

9. Les *amici* préserveront la confidentialité de tous les renseignements et documents auxquels ils auront eu accès, en ne les communiquant pas aux appelants, ni à leurs conseils ou à quiconque ne prenant pas part à l’audience tenue à huis clos et *ex parte*;



10. In assisting the Court, the *amici* may also:

a. Review the confidential information;

[224] The order appointing the *amici curiae* provides that they have access to the confidential information and other evidence in these appeals, permits them to review this information and other evidence, and requires that they keep confidential this information and other evidence. It goes without saying that this broad access to the confidential information and other evidence is vital in allowing the *amici curiae* to assist the Court by representing the interests of the appellants during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals. Although the designated judge's discretion to restrict access to certain confidential information or other evidence is preserved, this discretion should only be exercised where the designated judge deems it essential to ensure the confidentiality of the information or other evidence in the circumstances. Relying on my experience and knowledge in national security matters, such restrictions have never been ordered. It would likely require extremely exceptional circumstances to justify not permitting an *amicus curiae* to view certain confidential information.

c. Assist in Preparation of the Summaries of Information

[225] As noted in the order appointing the *amici curiae*:

10. In assisting the Court, the *amici* may also:

d. Assist in the preparation of summaries of information, if required.

[226] As stated above, an essential component of the *amici curiae*'s role in the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals is to represent the interests of the appellants in obtaining full disclosure. Serving as a strong counterweight to the respondent's claims of confidentiality to ensure as much disclosure as possible within

10. Pour aider la Cour, les *amici* peuvent également :

a. examiner les renseignements confidentiels;

[224] L'ordonnance nommant les *amici curiae* prévoit que ces derniers ont accès aux renseignements et aux autres éléments de preuve confidentiels dans le cadre des présents appels, leur permet de passer en revue ces renseignements et ces autres éléments de preuve et exige qu'ils en préservent la confidentialité. Il va sans dire que ce vaste accès aux renseignements et aux autres éléments de preuve confidentiels est essentiel pour permettre aux *amici curiae* d'aider la Cour à représenter les intérêts des appelants lors des volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels. Bien que le pouvoir discrétionnaire du juge désigné de limiter l'accès à certains renseignements ou autres éléments de preuve confidentiels soit préservé, il ne devrait être exercé que dans les cas où le juge désigné l'estime essentiel pour assurer la confidentialité des renseignements ou des autres éléments de preuve dans les circonstances. D'après mon expérience et ma connaissance des questions relatives à la sécurité nationale, de telles restrictions n'ont jamais été ordonnées. Il faudrait vraisemblablement qu'il y ait des circonstances des plus exceptionnelles pour qu'il soit justifié d'interdire à un *amicus curiae* d'examiner certains renseignements confidentiels.

c. Aider à préparer les résumés des renseignements

[225] Comme il est signalé dans l'ordonnance nommant les *amici curiae* :

[TRANSLATION]

10. Pour aider la Cour, les *amici* peuvent également :

d. aider à préparer les résumés des renseignements, le cas échéant.

[226] Ainsi qu'il a été déclaré plus tôt, un élément essentiel du rôle que jouent les *amici curiae* dans les volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels est la représentation des intérêts des appelants pour l'obtention d'une divulgation pleine et entière. Il est indispensable de bénéficier d'un solide contrepois aux revendications

the limits of the SATA is key in ensuring a fair judicial process as limits on full disclosure and full participation are exceptional in our justice system and great lengths must be taken to ensure that these limits are applied only where essential. Where they are essential, we must seek to intrude as little as possible on the principles of full participation and full disclosure in the interest of an individual's right to know and meet the case against them (*Harkat (2014)*, at paragraphs 50–63).

[227] Paragraph 16(6)(c) of the SATA provides a mechanism to do just that; the designated judge is assigned the duty to provide the appellant with a summary of information and other evidence throughout the proceeding that enables them to be reasonably informed of the Minister's case but that does not include confidential information protected at paragraph 16(6)(b).

[228] This is no easy task. The SATA pushes the designated judge onto a tightrope where they must summarize confidential information in a manner that does not include the elements of this information that would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed. With the respondent's interest in non-disclosure well represented in the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals, the *amici curiae*'s representation of the appellants' interest in disclosure provides the counterbalance necessary for the designated judge to move forward with confidence. These summaries are the most powerful tool at the designated judge's disposal in the express provisions in subsection 16(6) of the SATA to ensure that the appellants may directly know the case made against them in the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals and respond to such a case both directly and via the *amici curiae*. Consequently, the *amici curiae*'s participation in the creation of these summaries is vital.

de confidentialité de l'intimé de façon à assurer la divulgation la plus complète possible dans les limites de la LSDA si l'on veut que le processus judiciaire soit équitable, car le fait d'imposer des limites à la divulgation et la participation pleines et entières est une mesure exceptionnelle dans notre système judiciaire et il faut s'efforcer de veiller à ce qu'on n'applique ces limites que si elles sont essentielles. Dans le cas où elles le sont, nous devons nous efforcer d'empiéter le moins possible sur les principes de la participation et de la divulgation pleines et entières par souci de préserver le droit d'une personne de connaître la preuve qui pèse contre elle et d'avoir la possibilité d'y répondre (arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 50 à 63).

[227] L'alinéa 16(6)c) de la LSDA offre un mécanisme qui permet d'atteindre cet objectif; le juge désigné a pour obligation de fournir à l'appelant un résumé des renseignements et des autres éléments de preuve tout au long de l'instance, ce qui permet à l'appelant d'être suffisamment informé de la thèse du ministre, mais cela n'inclut pas les renseignements confidentiels que protège l'alinéa 16(6)b).

[228] Cela n'est pas une tâche facile. La LSDA oblige le juge désigné à marcher sur une corde raide en le contraignant à résumer des renseignements confidentiels d'une manière qui n'inclut pas les éléments de ces renseignements qui, s'ils étaient divulgués, seraient susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Même si l'intérêt de l'intimé à l'égard de la non-divulgation est bien exposé lors des volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels, le fait que les *amici curiae* représentent l'intérêt des appelants à l'égard de la divulgation offre le contrepois nécessaire qui permet au juge désigné de poursuivre son travail avec confiance. Ces résumés sont l'outil le plus puissant que les dispositions expresses du paragraphe 16(6) de la LSDA confèrent au juge désigné afin de s'assurer que les appelants puissent connaître directement la preuve qui pèse contre eux dans les volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels et qu'ils puissent y répondre à la fois directement et par l'intermédiaire des *amici curiae*. Il est donc indispensable que ces derniers puissent prendre part à l'établissement de ces résumés.

d. Make Oral and Written Submissions and Attend Hearings

[229] In my order appointing the *amici curiae*, I note the following:

10. In assisting the Court, the *amici* may also:

...

b. Participate in the hearing to be held in private, make oral and written submissions, and examine the witnesses;

c. Attend any public hearing in respect of this application and, with leave of the Court, make submissions; and

[230] The order grants full participation rights to the *amici curiae* during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals, notably the right to make oral and written submissions (the power to examine the witnesses will be discussed below). This is an essential component of the *amici curiae*'s robust mandate to represent the interests of the appellants where their participation is prohibited under the SATA. To meaningfully assist the Court in fulfilling its duty to decide upon the reasonableness of the Minister's decision and to ensure a fair judicial process, it is expected that their participation will help vigorously probe the confidential evidence from the perspective of the appellants, and help counter the respondent's reliance on this information to support the reasonableness of the Minister's decision. On all these points, their submissions will be of utmost value to the judicial process and will also allow the designated judge to have all the facts and the legal perspectives necessary to render an enlightened decision. As noted by the Supreme Court of Canada in *Charkaoui I* and *Harkat (2014)*, the assumption of a "gatekeeper" role by the designated judge in the *ex parte* and *in camera* portions of a proceeding alone is insufficient.

[231] Moreover, regarding the public portions of these appeals, the attendance of the *amici curiae* is important as it allows them to gain further insight into the appellants' position and interests, notably when the prohibition

d. Présenter des observations orales et écrites et assister aux audiences

[229] Dans mon ordonnance de nomination des *amici curiae*, je signale ce qui suit :

10. Pour aider la Cour, les *amici* peuvent également :

[...]

b. participer à l'audience qui aura lieu en privé, présenter des observations orales et écrites et interroger les témoins;

c. assister à toute audience publique concernant la présente demande et, avec l'autorisation de la Cour, présenter des observations;

[230] L'ordonnance confère aux *amici curiae* des droits de participation pleine et entière lors des volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels, notamment celui de présenter des observations orales et écrites (il sera question plus loin du pouvoir d'interroger les témoins). Il s'agit là d'un élément essentiel du vigoureux mandat qu'ont les *amici curiae* de représenter les intérêts des appellants dans les situations où la LSDA interdit leur participation. Il est prévu que cette participation, qui a pour but d'aider de manière constructive la Cour à s'acquitter de son obligation de se prononcer sur le caractère raisonnable de la décision du ministre et d'assurer un processus judiciaire équitable, aidera concrètement à analyser les éléments de preuve confidentiels sous l'angle des appelants et contribuera à contrer le fait que l'intimé se fonde sur ces renseignements pour étayer le caractère raisonnable de la décision du ministre. Pour tous ces points, leurs observations seront de la plus grande utilité pour le processus judiciaire et elles permettront également au juge désigné de bénéficier de tous les faits et tous les points de vue juridiques qui seront nécessaires pour rendre une décision éclairée. Comme l'a signalé la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Charkaoui I* et *Harkat (2014)*, la présomption d'un rôle de « gardien » de la part du juge désigné dans les volets « *ex parte* » et « à huis clos » d'une instance est, à elle seule, insuffisante.

[231] Par ailleurs, en ce qui concerne les volets dits publics des présents appels, il est important que les *amici curiae* soient présents, car cela leur permet de mieux se renseigner sur la position et les intérêts des

on two-way communication is in place. Their insight on public issues may be equally important, as is the case regarding these preliminary issues, given that their perspective on certain public issues may be contextualized by knowledge acquired in the *ex parte* and *in camera* portions of these appeals. Of course, as noted in my order appointing the *Amici Curiae*, their ability to make submissions during public hearings is subject to leave from the Court and the confidentiality limits imposed by the SATA.

e. Examine the Witnesses

[232] Finally, one of the most contentious points in the hearing of these preliminary legal issues is the scope of the *amici curiae*'s power to cross-examine the respondent's witnesses.

[233] The respondent holds that the *amici curiae* may cross-examine their witnesses regarding issues concerning whether certain information or other evidence should be disclosed as it would not be injurious to national security or endanger the safety of any person pursuant to paragraph 16(6)(b). However, the respondent states that, notwithstanding new evidence, the *amici curiae* cannot cross-examine their witnesses regarding the merits of the Minister's decision on appeal. On the other hand, the appellants and the *amici curiae* all state that the *amici curiae*'s power to cross-examine the respondent's witnesses should not be limited to issues of disclosure but must extend to issues regarding the merits of the decision on appeal.

[234] In my order appointing the *amici curiae*, it is simply stated:

10. In assisting the Court, the *amici* may also:

...

b. Participate in the hearing to be held in private, make oral and written submissions, and examine the witnesses; [Emphasis added.]

appelants, notamment dans les cas où l'interdiction relative aux communications bilatérales est en vigueur. Il peut être important aussi qu'ils donnent leur avis sur des questions de nature publique, comme sur les présentes questions préliminaires, étant donné que leur point de vue sur certaines questions de nature publique peut être mis en contexte grâce à des connaissances acquises lors des volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels. Il va sans dire, comme il a été souligné dans mon ordonnance de nomination des *amici curiae*, que leur habilité à présenter des observations lors des audiences publiques est assujettie à l'autorisation de la Cour ainsi qu'aux limites qu'impose la LSDA en matière de confidentialité.

e. Interroger les témoins

[232] Enfin, l'un des points les plus litigieux dans le cadre de l'audition des présentes questions juridiques préliminaires est l'étendue du pouvoir qu'ont les *amici curiae* de contre-interroger les témoins de l'intimé.

[233] L'intimé soutient que les *amici curiae* peuvent contre-interroger ses témoins pour chercher à savoir si certains renseignements ou autres éléments de preuve devraient être divulgués, car ils ne porteraient pas atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui au sens de l'alinéa 16(6)b). Cependant, il ajoute que, peu importe si de nouveaux éléments de preuve sont produits, les *amici curiae* ne peuvent pas contre-interroger ses témoins sur le fond de la décision du ministre qui est portée en appel. Pour leur part, les appelants et les *amici curiae* disent tous que le pouvoir qu'ont les *amici curiae* de contre-interroger les témoins de l'intimé ne devrait pas se limiter à des questions de divulgation, mais qu'il doit s'étendre à des questions relatives au fond de la décision portée en appel.

[234] Dans mon ordonnance de nomination des *amici curiae*, il est simplement indiqué :

10. Pour aider la Cour, les *amici* peuvent également :

[...]

b. participer à l'audience qui aura lieu en privé, présenter des observations orales et écrites et interroger les témoins; [Italique ajouté.]

[235] Consistent with the role of the designated judge, the alleged Charter rights violations in these appeals, and the role of the *amici curiae*, as canvassed above, it is my position that the *amici curiae* should have the opportunity to cross-examine the witnesses on aspects also relating to the merits of these appeals. This is an essential component of the role that is required of them by this Court. That being said, the Court's role as a "gatekeeper" and its inherent right to control its own process does allow it to impose restrictions on this power to cross-examine should the *amici curiae*'s cross-examination go beyond assisting the Court in fulfilling its duties. Knowing the importance of the opportunity to cross-examine in ensuring the right to know and meet the case against one, I cannot imagine that Parliament intended to rely on the designated judge's discretion to appoint an *amicus curiae* as a means of ensuring a fair judicial process while simultaneously intending to limit the designated judge's discretion to confer a mandate to an *amicus curiae* that includes the ability to fully cross-examine witnesses during *ex parte* and *in camera* hearings on the reasonableness of the decision on appeal. As the *ex parte* and *in camera* proceedings evolve, it is the duty of the *amici curiae* to exercise, when opportune, their power to cross-examine in order to represent the interests of the appellants, the whole subject to objections made by the respondent's counsel and the rulings of this Court.

[236] Cross-examination has been described as "the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth" (see *R. v. Howard*, [1989] 1 S.C.R. 1337, at page 1360, (1989), 48 C.C.C. (3d) 38). It is a vital tool that can reveal important credibility issues with certain witnesses, weaken the case against one, and bolster one's own position.

[237] The importance of cross-examination in a fair judicial process is demonstrated by the fact that the Supreme Court of Canada has consistently found that the

[235] Compte tenu du rôle que joue le juge désigné, des allégations de violation de droits garantis par la Charte dans les présents appels et du rôle que jouent les *amici curiae* examinés plus tôt, je suis d'avis que les *amici curiae* devraient avoir la possibilité de contre-interroger les témoins sur des aspects qui se rapportent également au fond des appels. Il s'agit d'un élément essentiel du rôle que la Cour exige qu'ils jouent. Cela dit, le rôle de « gardien » de la Cour et son droit inhérent de contrôler sa propre procédure lui permettent bel et bien d'imposer des restrictions à ce pouvoir de contre-interroger les témoins advenant que le contre-interrogatoire que mènent les *amici curiae* dépasse le cadre consistant à aider la Cour à s'acquitter de ses obligations. Connaissant l'importance de la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire afin de respecter le droit de connaître la preuve qui pèse contre une personne et d'avoir la possibilité d'y répondre, je ne puis imaginer que le législateur entendait se fonder sur le pouvoir discrétionnaire du juge désigné de nommer un *amicus curiae* comme moyen d'assurer un processus judiciaire équitable tout en ayant simultanément l'intention de restreindre le pouvoir discrétionnaire du juge désigné de conférer à un *amicus curiae* un mandat qui comporte la capacité de contre-interroger pleinement des témoins lors d'audiences *ex parte* et à huis clos au sujet du caractère raisonnable de la décision portée en appel. À mesure qu'évoluent les procédures « *ex parte* » et « à huis clos », il incombe aux *amici curiae* d'exercer, au moment opportun, leur pouvoir de procéder à un contre-interrogatoire de manière à représenter les intérêts des appelants, le tout sous réserve des objections formulées par les avocats de l'intimé et des décisions de la Cour.

[236] Les contre-interrogatoires ont été décrits comme « le meilleur mécanisme juridique jamais inventé pour découvrir la vérité » (voir l'arrêt *R. c. Howard*, [1989] 1 R.C.S. 1337, à la page 1360). Il s'agit d'un outil crucial qui est en mesure de faire ressortir chez certains témoins de sérieux problèmes de crédibilité, d'affaiblir les allégations portées contre une personne et de renforcer sa propre position.

[237] L'importance du contre-interrogatoire dans un processus judiciaire équitable est illustrée par le fait que la Cour suprême du Canada a systématiquement conclu

opportunity for cross-examination is a key principle protected at section 7 and subsection 11(d) of the Charter. See the following paragraphs in *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193 (*Lyttle*), at paragraphs 41–44, which discuss this point:

As mentioned at the outset, the right of an accused to cross-examine prosecution witnesses without significant and unwarranted constraint is an essential component of the right to make a full answer and defence. See *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 608, *per* McLachlin J. (as she then was):

The right of the innocent not to be convicted is dependent on the right to present full answer and defence. This, in turn, depends on being able to call the evidence necessary to establish a defence and to challenge the evidence called by the prosecution... . In short, the denial of the right to call and challenge evidence is tantamount to the denial of the right to rely on a defence to which the law says one is entitled. [Emphasis added by Major and Fish JJ.]

In *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, Cory J. reviewed the relevant authorities and, at p. 663, explained why cross-examination plays such an important role in the adversarial process, particularly, though of course not exclusively, in the context of a criminal trial:

There can be no question of the importance of cross-examination. It is of essential importance in determining whether a witness is credible. Even with the most honest witness cross-examination can provide the means to explore the frailties of the testimony. For example, it can demonstrate a witness's weakness of sight or hearing. It can establish that the existing weather conditions may have limited the ability of a witness to observe, or that medication taken by the witness would have distorted vision or hearing. Its importance cannot be denied. It is the ultimate means of demonstrating truth and of testing veracity. Cross-examination must be permitted so that an accused can make full answer and defence. The opportunity to cross-examine witnesses is fundamental to providing a fair trial to an accused. This is an old and well-established principle that is closely linked to the presumption of innocence. See *R. v. Anderson* (1938), 70 C.C.C. 275 (Man. C.A.); *R. v. Rewniak* (1949), 93 C.C.C. 142 (Man. C.A.); *Abel v. The Queen* (1955), 115 C.C.C. 119 (Que. Q.B.); *R. v. Lindlau* (1978), 40 C.C.C. (2d) 47 (Ont. C.A.).

que la possibilité de mener un contre-interrogatoire est un principe capital que protègent l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte. Voir les paragraphes suivants, extraits de l'arrêt *R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193 (arrêt *Lyttle*), aux paragraphes 41 à 44, où il est question de ce point :

Comme il a été mentionné au départ, le droit d'un accusé de contre-interroger les témoins à charge, sans se voir imposer d'entraves importantes et injustifiées, est un élément essentiel du droit à une défense pleine et entière. Voir l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 608, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) :

Le droit de l'innocent de ne pas être déclaré coupable est lié à son droit de présenter une défense pleine et entière. Il doit donc pouvoir présenter les éléments de preuve qui lui permettront d'établir sa défense ou de contester la preuve présentée par la poursuite. [...] Bref, la dénégation du droit de présenter ou de contester une preuve équivaut à la dénégation du droit d'invoquer un moyen de défense autorisé par la loi. [Soulignement ajouté par les juges Major et Fish.]

Dans l'arrêt *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, le juge Cory a examiné la jurisprudence pertinente et, à la p. 663, il a expliqué pourquoi le contre-interrogatoire joue un rôle aussi important dans le processus de débat contradictoire, particulièrement — mais évidemment pas seulement — dans les procès criminels :

Le contre-interrogatoire a une importance incontestable. Il remplit un rôle essentiel dans le processus qui permet de déterminer si un témoin est digne de foi. Même lorsqu'il vise le témoin le plus honnête qui soit, il peut permettre de jauger la fragilité des témoignages. Il peut servir, par exemple, à montrer le handicap visuel ou auditif d'un témoin. Il peut permettre d'établir que les conditions météorologiques pertinentes ont pu limiter la capacité d'observation d'un témoin, ou que des médicaments pris par le témoin ont pu avoir un effet sur sa vision ou son ouïe. Son importance ne peut être mise en doute. C'est le moyen par excellence d'établir la vérité et de tester la véracité. Il faut autoriser le contre-interrogatoire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière. La possibilité de contre-interroger les témoins constitue un élément fondamental du procès équitable auquel l'accusé a droit. Il s'agit d'un principe ancien et bien établi qui est lié de près à la présomption d'innocence. Voir les arrêts *R. c. Anderson* (1938), 70 C.C.C. 275 (C.A. Man.); *R. c. Rewniak* (1949), 93 C.C.C. 142 (C.A. Man.);

Commensurate with its importance, the right to cross-examine is now recognized as being protected by ss. 7 and 11 (d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. See *Osolin, supra*, at p. 665.

The right of cross-examination must therefore be jealously protected and broadly construed. But it must not be abused. Counsel are bound by the rules of relevancy and barred from resorting to harassment, misrepresentation, repetitiousness or, more generally, from putting questions whose prejudicial effect outweighs their probative value. See *R. v. Meddoui*, [1991] 3 S.C.R. 320; *R. v. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374 (Ont. C.A.); *R. v. McLaughlin* (1974), 15 C.C.C. (2d) 562 (Ont. C.A.); *Osolin, supra*.

[238] Overall, what should be retained from *Lyttle* is that cross-examination plays an important role, that this important role is not limited to the criminal context, and that it is an essential element to a fair judicial process, being a fundamental principle of justice under section 7 of the Charter. As such, in these appeals under the SATA, the *amici curiae* must be provided with the opportunity to cross-examine the respondent's witnesses on the merits of the confidentiality claims made as well as on the merits of the Minister's decisions to not remove the appellants' names from the SATA list; imposing limits on their ability to cross-examine witnesses in the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals is inconsistent with a fair judicial process. However, the opportunity to cross-examine is not absolute and must be used astutely and professionally; it is therefore subject to the respondent's prerogative to make objections, which then calls for a ruling by the designated judge (*Lyttle*, at paragraph 44).

[239] First, as agreed by all in these appeals, the *amici curiae* must be given the opportunity to cross-examine the respondent's witnesses concerning the information or other evidence presented to support the respondent's confidentiality claims. As seen earlier, this is essential to assist the designated judge in ensuring that

*Abel c. La Reine* (1955), 23 C.R. 163 (B.R. Qué.); et *R. c. Lindlau* (1978), 40 C.C.C. (2d) 47 (C.A. Ont.).

Vu son importance, le droit de contre-interroger est maintenant reconnu comme un droit protégé par l'art. 7 et l'al. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés. Voir l'arrêt *Osolin*, précité, p. 665.

Le droit de contre-interroger doit donc être protégé jalousement et être interprété généreusement. Il ne doit cependant pas être exercé de manière abusive. Les avocats sont liés par les règles de la pertinence et il leur est interdit de harceler le témoin, de faire des déclarations inexactes, de se répéter inutilement ou, de façon plus générale, de poser des questions dont l'effet préjudiciable excède la valeur probante. Voir *R. c. Meddoui*, [1991] 3 R.C.S. 320; *R. c. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374 (C.A. Ont.); *R. c. McLaughlin* (1974), 15 C.C.C. (2d) 562 (C.A. Ont.); *Osolin*, précité.

[238] Dans l'ensemble, ce qu'il faudrait retenir de l'arrêt *Lyttle*, c'est que le contre-interrogatoire joue un rôle important, que ce rôle important ne se limite pas au contexte criminel et qu'il s'agit d'un élément essentiel d'un processus judiciaire équitable, s'agissant d'un principe de justice fondamentale aux termes de l'article 7 de la Charte. Ainsi, dans les présents appels interjetés en vertu de la LSDA, il est nécessaire de permettre aux *amici curiae* de contre-interroger les témoins de l'intimé au sujet du fond des revendications de confidentialité qui ont été formulées ainsi qu'au sujet du fond des décisions qu'a prises le ministre de ne pas radier les noms des appelants de la liste de la LSDA; le fait de restreindre leur capacité de contre-interroger des témoins lors des volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels est incompatible avec la notion de processus judiciaire équitable. Cependant, la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire n'est pas absolue et doit être utilisée de manière avisée et professionnelle; elle est donc assujettie à la prerogative qu'a l'intimé de formuler des objections, lesquelles appellent ensuite une décision de la part du juge désigné (arrêt *Lyttle*, au paragraphe 44).

[239] Tout d'abord, comme en ont convenu toutes les parties dans les présents appels, il y a lieu de donner aux *amici curiae* la possibilité de contre-interroger les témoins de l'intimé au sujet des renseignements ou des autres éléments de preuve présentés à l'appui des revendications de confidentialité de ce dernier. Comme

only the information or other evidence that must be kept confidential for national security reasons under the SATA is excluded from disclosure to the appellants (*Harkat (2014)*, at paragraphs 50–63). The task is to test the claims for non-disclosure and to that effect, the involvement of the *amici curiae* is valuable to the process and the designated judge.

[240] The *amici curiae* are not there for symbolic purposes—a fair judicial process is not achieved if they are reduced to wallflowers. They must be given the means to effectively test the respondent’s confidentiality claims and the witnesses and evidence adduced to support these claims, from the perspective of the appellants’ interests, which they have gained knowledge of via the scope of their communication powers with the appellants. The most important tool in directly testing these claims from the perspective of the appellants’ interests is the opportunity for the *amici curiae* to cross-examine. Only then will the designated judge have the necessary information to ensure that they are limiting full disclosure to the appellants by only what is required under the SATA to protect national security interests or the safety of any person. A fair judicial process is one that attempts to give the appellants as much information as possible to know the case against them within the national security limits imposed so that they may directly respond to that case, as opposed to having to rely on a substantial substitute. The reliance on a substantial substitute to ensure the appellants’ right to know and meet the case against them must be exceptional in our judicial system and great lengths must be taken to ensure that it is only used where necessary; the *amici curiae*’s opportunity to cross-examine the respondent’s witnesses on the merits of their confidentiality claims is key in achieving this balance between the national security interest in secrecy and the rights and freedoms of individuals.

nous l’avons vu précédemment, cette mesure est essentielle pour aider le juge désigné à veiller à ce que seuls les renseignements ou les autres éléments de preuve qui doivent demeurer confidentiels pour des raisons de sécurité nationale aux termes de la LSDA ne soient pas divulgués aux appelants (arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 50 à 63). La tâche consiste à vérifier les revendications de non-divulgateion et, à cet effet, la participation des *amici curiae* est utile au processus ainsi qu’au juge désigné.

[240] Les *amici curiae* ne sont pas là pour la forme — on n’obtient pas un processus judiciaire équitable s’ils font simplement tapisserie. Il faut leur donner les moyens de vérifier efficacement les revendications de confidentialité de l’intimé ainsi que la crédibilité des témoins et la fiabilité des éléments de preuve produits à l’appui de ces revendications, et ce, sous l’angle des intérêts des appelants, dont ils ont pris connaissance grâce à l’étendue de leurs pouvoirs de communication avec ces derniers. L’outil le plus important pour la vérification directe des revendications sous l’angle des intérêts des appelants est la possibilité des *amici curiae* de procéder à un contre-interrogatoire. Ce n’est qu’alors que le juge désigné disposera des renseignements nécessaires pour s’assurer que l’intimé ne limite la divulgation pleine et entière aux appelants qu’en s’en tenant à ce que la LSDA exige pour protéger les intérêts relatifs à la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui. Un processus judiciaire est équitable s’il tente de fournir aux appelants le plus de renseignements possible afin qu’ils puissent connaître la preuve qui pèse contre eux, dans les limites relatives à la sécurité nationale qui sont imposées, de manière à ce qu’ils puissent directement y répondre, et non avoir à se fier à une solution de rechange qui remplace pour l’essentiel les droits niés. Le fait de dépendre d’une solution de rechange pour garantir le droit des appelants de connaître la preuve qui pèse contre eux et d’y répondre doit être exceptionnelle dans notre système judiciaire, et il faut s’efforcer le plus possible de veiller à ce qu’on n’y recoure qu’en cas de besoin; il est important que les *amici curiae* aient la possibilité de contre-interroger les témoins de l’intimé sur le fond des revendications de confidentialité qu’il invoque si l’on veut atteindre cet équilibre entre l’intérêt au secret pour des raisons de sécurité nationale et les droits et libertés des individus.



[241] By the same token, the opportunity to cross-examine should be afforded to the *amici curiae* when assisting the designated judge in assessing the reliability and appropriateness of new evidence and also in assessing the reasonableness of the Minister's decision. I have found above that the "gatekeeper" role of the designated judge extends to the Court's review of the merits of the Minister's decision, and I find here that the *amici curiae*'s role as a robust substantial substitute to the appellants' full participation and full disclosure does as well. Ensuring that the *amici curiae* have the opportunity to cross-examine witnesses on the merits of the Minister's decision is essential to assisting the designated judge to fulfill their duty to decide upon the reasonableness of the Minister's decision by means of a fair judicial process.

[242] Yet, despite the clear Charter interests at play, as alleged, by stating that this Court does not have the jurisdiction to assign the *amici curiae* the ability to cross-examine the respondent's witnesses on the merits of their secret evidence against the appellants, the respondent is suggesting that even where secret evidence has not been tested, it should be assumed to be credible and reliable and that the *amici curiae* and the designated judge should only assess whether, based on this evidence, the Minister's decision is reasonable. This flies in the face of *Charkaoui I*, *Harkat* (2014), and more than a decade of jurisprudence on what is required for the designated judge to be able to ensure a fair judicial process to a party denied full disclosure and full participation in the interest of national security. Permitting the respondent to shield its evidence from challenge by the *amici curiae* denies the appellants a meaningful opportunity to challenge the case against them, which in turn, prevents the designated judge from fulfilling their duty to decide upon the reasonableness of the Minister's decision based on the facts and the law. This "trust me" approach to the respondent's confidential evidence can only encourage miscarriages of justice. This is surely not what Parliament contemplated when it decided to rely on the judge's discretion to appoint an *amicus curiae* to assume the function of a substantial substitute in the interest of ensuring a fair judicial process.

[241] Par la même occasion, il faudrait offrir aux *amici curiae* la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire pour aider le juge désigné à évaluer la fiabilité et le caractère approprié de nouveaux éléments de preuve et pour évaluer le caractère raisonnable de la décision du ministre. J'ai conclu plus tôt que le rôle de « gardien » du juge désigné s'étend à l'examen que fait la Cour du fond de la décision du ministre, et je conclus maintenant que c'est le cas aussi du rôle que jouent les *amici curiae* en tant que solution de rechange vigoureuse à la participation et à divulgation pleines et entières dont auraient dû bénéficier les appelants. Il est essentiel de veiller à ce que les *amici curiae* aient la possibilité de contre-interroger des témoins sur le fond de la décision du ministre de façon à aider le juge désigné à s'acquitter de son obligation de se prononcer sur le caractère raisonnable de cette décision au moyen d'un processus judiciaire équitable.

[242] Pourtant, malgré les intérêts évidents en jeu garantis par la Charte invoqués, en faisant valoir que notre Cour n'a pas la compétence voulue pour attribuer aux *amici curiae* la capacité de contre-interroger ses témoins sur le fond des éléments de preuve secrets qu'ils détiennent contre les appelants, l'intimé soutient que même dans le cas où des éléments de preuve secrets n'ont pas été vérifiés, il faudrait présumer qu'ils sont crédibles et dignes de foi, et que les *amici curiae* et le juge désigné ne devraient évaluer que la question de savoir si la décision du ministre est raisonnable d'après ces éléments de preuve. Cette position va à l'encontre des arrêts *Charkaoui I* et *Harkat* (2014) et de plus d'une décennie de jurisprudence sur ce dont le juge désigné a besoin pour pouvoir garantir un processus judiciaire équitable à une partie privée d'une divulgation et d'une participation pleines et entières au nom de la sécurité nationale. Permettre à l'intimé d'empêcher les *amici curiae* de contester ses éléments de preuve prive les appelants d'une possibilité utile de contester la preuve qui pèse contre eux, ce qui, par ricochet, empêche le juge désigné de s'acquitter de son obligation de se prononcer sur le caractère raisonnable de la décision du ministre en se fondant sur les faits et le droit applicables. Cette invitation à faire confiance aux éléments de preuve confidentiels de l'intimé ne peut que favoriser la commission d'erreurs judiciaires. Ce n'est certes pas ce que

[243] Indeed, a reading of the SATA that prohibits the designated judge from assigning the ability to cross-examine the respondent's witnesses to the *amici curiae* is inconsistent with the SATA's overall object of balancing the national security interest in secrecy with an individual's rights and freedoms, a legislative scheme that largely relies on its appeal mechanism to achieve this balance. Such limits on cross-examination would render the appeal at section 16 of the SATA hollow seeing as it subtracts the important component of permitting meaningful challenge to the case to meet from a process that does not afford this opportunity at an earlier stage. It would destabilize the fragile equilibrium that the SATA seeks to achieve.

[244] As regards the express appeal provisions in the SATA, imposing such strict limits on the *amici curiae*'s ability to cross-examine would be inconsistent with the designated judge's duty to provide an appellant with an opportunity to be heard at paragraph 16(6)(d) as well as the designated judge's duty to determine whether evidence is relevant at paragraph 16(6)(g). Indeed, it can be said that the requirement to provide the appellant an opportunity to be heard at paragraph 16(6)(d), a key component of the *audi alteram partem* rule, grounds this jurisdiction to assign the *amici curiae* the ability to cross-examine the respondent's witnesses on the merits of the decision seeing as the appellants have no other way of challenging this confidential evidence. Assigning this power to the *amici curiae* is the only way in which the competing interests of security and fairness can be resolved in this appeal process under the SATA. Furthermore, practically speaking, it is the only way in which additional evidence in the interest of the appellants can be adduced pursuant to paragraph 16(6)(e) during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals.

le législateur envisageait quand il a décidé de se fier au pouvoir discrétionnaire du juge de nommer un *amicus curiae* pour agir comme solution de rechange pour remplacer pour l'essentiel les droits niés par souci d'assurer un processus judiciaire équitable.

[243] En fait, une interprétation de la LSDA qui interdit au juge désigné d'attribuer aux *amici curiae* la capacité de contre-interroger les témoins de l'intimé est incompatible avec l'objet général de cette loi, qui consiste à mettre en balance l'intérêt en matière de secret pour des raisons de sécurité nationale et les droits et libertés individuels, un régime législatif qui se fonde en grande partie sur son mécanisme d'appel pour réaliser cet équilibre. De telles limites au contre-interrogatoire videraient de son sens l'appel prévu à l'article 16 de la LSDA étant donné qu'elles soustraient la composante importante qu'est la possibilité de contester de manière utile la preuve à réfuter d'un processus qui ne permet pas de le faire à un stade antérieur. Cela déstabiliserait le fragile équilibre que la LSDA vise à créer.

[244] En ce qui concerne les dispositions expresses que comporte la LSDA en matière d'appel, le fait d'imposer de telles limites strictes à la capacité qu'ont les *amici curiae* de contre-interroger des témoins serait incompatible avec les obligations du juge désigné de donner aux appelants la possibilité d'être entendus prévue à l'alinéa 16(6)(d) et de déterminer si les éléments de preuve sont pertinents conformément à l'alinéa 16(6)(g). En fait, on peut dire que c'est l'obligation de fournir à l'appellant la possibilité d'être entendu prévue à l'alinéa 16(6)(d), élément clé de la règle *audi alteram partem*, qui fonde cette compétence pour attribuer aux *amici curiae* la possibilité de contre-interroger les témoins de l'intimé sur le fond de la décision, étant donné que les appelants n'ont aucune autre manière de contester ces éléments de preuve confidentiels. L'attribution de ce pouvoir aux *amici curiae* est la seule façon de trancher les intérêts contradictoires de la sécurité et de l'équité dans le cadre du processus d'appel que prévoit la LSDA. En outre, d'un point de vue pratique, c'est la seule façon de pouvoir produire d'autres éléments de preuve dans l'intérêt des appelants, conformément à l'alinéa 16(6)(e), pendant les volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels.

[245] Finally, as previously mentioned, nothing in the SATA indicates a required division of the appeal in separate disclosure and merits stages. Moreover, logistically speaking, often-times disclosure and merits are intertwined—almost impossible to divide. As such, beyond not being reflected in the SATA, establishing such a limit based on this division of appeals under the SATA is not logical.

[246] However, as said before and as specified in *Lyttle*, at paragraph 44, the full opportunity to cross-examine does not equal an unequivocal right to cross-examine without limits (*Harkat (2014)*, at paragraph 88). It must be exercised in a professional manner that is subject to the Court's oversight and that assists the Court. However, given its essential function, it should not be limited in a manner that hollows its effectiveness and its substance.

#### D. WITHDRAWAL OF INFORMATION

[247] In the appeal of Mr. Dulai, the respondent has exercised their right to withdraw information or other evidence pursuant to paragraph 16(6)(g) of the SATA. In addition, the SATA provides that the designated judge “must not base a decision on that information or other evidence and must return it to the Minister” pursuant to paragraph 16(6)(g) and tasks the designated judge with ensuring the confidentiality of this withdrawn information pursuant to 16(6)(h).

[248] Regarding this withdrawal, the Court is asked to determine whether the designated judge and the *amici curiae* are allowed to see the withdrawn information and be given the reasons for which the Minister withdrew this information, whether the Federal Court can retain a copy of the withdrawn information, what step should be taken to ensure that this information is no longer part of the appeal book, and when it should be returned to the Minister.

[245] Enfin, comme on l'a vu précédemment, rien dans la LSDA n'indique qu'il est obligatoire de scinder l'appel en deux étapes distinctes, pour la divulgation et le fond de la décision. Par ailleurs, d'un point de vue logistique, il arrive souvent que les étapes de la divulgation et du fond de la décision soient étroitement liées — presque impossibles à scinder. C'est donc dire qu'en plus de ne pas figurer dans la LSDA, l'établissement d'une telle limite, fondée sur cette scission des appels interjetés sous le régime de la LSDA, n'est pas logique.

[246] Cependant, comme je l'ai déjà mentionné et qu'il est précisé dans l'arrêt *Lyttle*, au paragraphe 44, la pleine liberté de contre-interroger des témoins ne constitue pas à un droit non équivoque de contre-interroger des témoins sans limites (arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 88). Cette possibilité doit être exercée d'une manière professionnelle qui est assujettie à la supervision de la Cour et qui aide cette dernière. Toutefois, vu sa fonction essentielle, elle ne devrait pas être limitée d'une manière qui mine son efficacité et sa substance.

#### D. LE RETRAIT DE RENSEIGNEMENTS

[247] Dans l'appel de M. Dulai, l'intimé a exercé son droit de retirer des renseignements ou d'autres éléments de preuve conformément à l'alinéa 16(6)g) de la LSDA. De plus, la LSDA prévoit que le juge désigné « ne peut fonder sa décision sur ces renseignements ou ces éléments de preuve et il est tenu [en vertu de l'alinéa 16(6)g)] de les remettre au ministre », et elle confie, à l'alinéa 16(6)h), au juge désigné la tâche de garantir la confidentialité des renseignements et des autres éléments de preuve qui ont été retirés.

[248] Au sujet de ce retrait, la Cour a pour tâche de décider si le juge désigné et les *amici curiae* sont autorisés à voir les renseignements retirés et à prendre connaissance des raisons pour lesquelles le ministre les a retirés, de vérifier si la Cour fédérale peut conserver une copie des renseignements retirés, de déterminer les mesures qu'il conviendrait de prendre pour s'assurer que ces renseignements ne fassent plus partie du dossier d'appel et de fixer le moment où ces renseignements devraient être renvoyés au ministre.

[249] The respondent, Mr. Dulai, and the *amici curiae*, all agree that the designated judge and the *amici curiae* are allowed to see this withdrawn information and be provided with the reasons for its withdrawal. They also agree that the Federal Court can retain a copy of the withdrawn information and that appropriate steps were taken to ensure that this information is no longer part of the appeal book. Moreover, the information has already been returned to the Minister. This Court nevertheless finds it necessary to address these points, albeit much more briefly than the issues analyzed thus far, given that these are the first appeals under the SATA. That being said, whether this withdrawal of information leads to a situation where there is insufficient evidence before the Court to support the reasonableness of the Minister's decision on appeal is a question that will surely be considered later in these proceedings (*Soltanizadeh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 450, at paragraphs 22–31; and *Charkaoui (Re)*, 2009 FC 1030, [2010] 4 F.C.R. 448, at paragraphs 23–30).

(1) Access to Withdrawn Information and Reasons for Withdrawal

[250] The designated judge cannot base their decision concerning the reasonableness of the Minister's decision on the withdrawn information or other evidence. The SATA makes this clear. Instead, the designated judge is tasked with determining the reasonableness of the Minister's decision based on the "information available to the judge" [at subsection 16(6)]. That being said, the SATA does not restrict the designated judge, or the *amici curiae*, from seeing this withdrawn information or being informed of its withdrawal; it requires the Court to ensure its confidentiality.

[251] The power afforded to the respondent to unilaterally withdraw information or other evidence is not unique to the SATA but the advantage it conveys to the respondent cannot be underestimated. In a field where secrecy is required, the ability to withdraw information without restriction is a significant power. As such, a fair judicial process requires that a designated judge be able

[249] L'intimé, M. Dulai et les *amici curiae* conviennent tous que le juge désigné et les *amici curiae* sont autorisés à voir les renseignements qui ont été retirés et à prendre connaissance des raisons pour lesquelles ils l'ont été. Ils conviennent également que la Cour fédérale peut conserver une copie des renseignements retirés et que des mesures appropriées ont été prises pour veiller à ce que ces renseignements ne fassent plus partie du dossier d'appel. Par ailleurs, les renseignements ont déjà été renvoyés au ministre. La Cour juge néanmoins nécessaire de traiter de ces questions, quoique d'une manière nettement plus succincte que les questions analysées jusqu'ici, étant donné qu'il s'agit des premiers appels interjetés sous le régime de la LSDA. Cela dit, la question de savoir si ce retrait mène à une situation où les éléments de preuve soumis à la Cour ne sont pas suffisants pour étayer le caractère raisonnable de la décision du ministre qui est portée en appel est une question qui sera sûrement examinée ultérieurement dans la présente instance (*Soltanizadeh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 450, aux paragraphes 22 à 31; et décision *Charkaoui (Re)*, 2009 CF 1030, [2010] 4 R.C.F. 448, aux paragraphes 23 à 30).

1) L'accès aux renseignements retirés et les raisons du retrait

[250] Le juge désigné ne peut pas fonder sa décision concernant le caractère raisonnable de la décision du ministre sur les renseignements ou les autres éléments de preuve qui ont été retirés. La LSDA l'indique clairement. Il est plutôt chargé de se prononcer sur le caractère raisonnable de la décision du ministre en se fondant sur « l'information dont il dispose » [au paragraphe 16(6)]. Cela dit, la LSDA n'empêche pas le juge désigné, ou les *amici curiae*, de consulter les renseignements retirés ou d'être informés de leur retrait; elle exige que la Cour en garantisse la confidentialité.

[251] Le pouvoir conféré à l'intimé de retirer unilatéralement des renseignements ou d'autres éléments de preuve n'est pas propre à la LSDA, mais on ne saurait sous-estimer l'avantage qu'une telle possibilité procure. Dans un univers où l'on exige le secret, la possibilité de retirer des renseignements sans restriction constitue un pouvoir considérable. Par conséquent, pour que le

to see this withdrawn information or other evidence as well as be provided with the reasons for its withdrawal, at the very least in order to understand how it relates to the other information and evidence that remains before the designated judge.

[252] For instance, the reasonableness of the Minister's decision might be difficult to meaningfully review without knowing the information or evidence withdrawn and how its absence affects the other information or evidence the designated judge must use to make their decision. In reality, it is much more difficult to withdraw a certain factual element grounding the Minister's decision without it having an impact on the other information or evidence—this is rarely a surgical exercise—it is akin to subtracting an ingredient from an already baked cake. Moreover, this withdrawn information or other evidence, as well as the reasons for its withdrawal, might reveal certain vulnerabilities or credibility issues in the remaining information or other evidence. For example, as suggested by the *amici curiae* as a theoretical example, a situation where the reasons for the withdrawal reveal credibility issues with a confidential source that is associated with other information or evidence relied on by the respondent. In essence, although the designated judge cannot ground their decision on this withdrawn information, this information, along with the reasons for its withdrawal, might expose a thread that, when pulled on, unravels the remainder of the respondent's case.

[253] It is therefore essential that the designated judge be provided with the withdrawn information and the reasons for its withdrawal in order to permit the designated judge to assume their role as a “gatekeeper.” The designated judge must understand the entire context in order to not only ensure that the record supports the reasonableness of the Minister's decision, but also that the overall process is fair. Consistent with fulfilling this duty, the *amici curiae*, with the designated judge's leave, can also have access to this withdrawn information, as well as the reasons for its withdrawal, to ensure that its

processus judiciaire soit équitable, le juge désigné doit pouvoir consulter les renseignements ou les autres éléments de preuve retirés et être informé de la raison de leur retrait afin, à tout le moins, de comprendre le lien qui existe entre eux et les autres renseignements et éléments de preuve dont il dispose toujours.

[252] Par exemple, le juge désigné pourrait avoir de la difficulté à effectuer un examen complet du caractère raisonnable de la décision du ministre sans connaître les renseignements ou les éléments de preuve qui ont été retirés et en quoi leur absence a une incidence sur les autres renseignements ou éléments de preuve dont il doit se servir pour pouvoir rendre sa décision. En réalité, il est nettement plus difficile de retirer un certain élément factuel sur lequel repose la décision du ministre sans que cela se répercute sur les autres renseignements ou éléments de preuve — il s'agit rarement d'un exercice chirurgical — ce geste revient à retirer un ingrédient d'un gâteau déjà cuit. Par ailleurs, les renseignements ou les autres éléments de preuve retirés, ainsi que les raisons de leur retrait, pourraient révéler certaines faiblesses ou certains problèmes de crédibilité dans les renseignements ou les autres éléments de preuve qui restent. Comme l'ont mentionné les *amici curiae* à titre d'exemple théorique, cela pourrait arriver dans une situation où les raisons du retrait révèlent les problèmes de crédibilité que pose une source confidentielle qui est associée aux autres renseignements ou éléments de preuve sur lesquels l'intimé se fonde. En fait, bien que le juge désigné ne puisse fonder sa décision sur les renseignements retirés, ceux-ci, de même que les raisons de leur retrait, pourraient exposer un fil qui, une fois tiré, défait le reste de la thèse de l'intimé.

[253] Il est donc essentiel que l'on fournisse au juge désigné les renseignements retirés et les raisons qui expliquent le retrait de façon à ce qu'il puisse jouer son rôle de « gardien ». Le juge désigné doit comprendre le contexte dans son ensemble de façon à s'assurer que le dossier étaye le caractère raisonnable de la décision du ministre, mais aussi que l'ensemble du processus est équitable. Corollairement à cette obligation, les *amici curiae*, avec l'autorisation du juge désigné, peuvent également avoir accès aux renseignements retirés, ainsi qu'aux raisons de leur retrait, afin de veiller à

impact on the remaining record is properly analyzed, and communicated to the designated judge, according to the interests of the appellants.

[254] Moreover, the disclosure of this withdrawn information as well as the reasons for its withdrawal to the designated judge, and by extension the *amici curiae*, is consistent with the respondent's duty of candour in *ex parte* and *in camera* proceedings. Citing *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3 and *Almrei (Re)*, the Supreme Court of Canada stated the following regarding the duty of candour in *ex parte* and *in camera* proceedings in *Harkat (2014)*, at paragraph 101:

In *Ruby*, this Court recognized that duties of candour and utmost good faith apply when a party relies upon evidence in *ex parte* proceedings: “The evidence presented must be complete and thorough and no relevant information adverse to the interest of that party may be withheld” (para. 27). The Federal Court added, in *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163, at para. 500, that “[t]he duties of utmost good faith and candour imply that the party relying upon the presentation of *ex parte* evidence will conduct a thorough review of the information in its possession and make representations based on all of the information including that which is unfavourable to their case.”

[255] As such, it can also be said that a failure to disclose the reasons for the withdrawal of information or evidence as well as the information or evidence itself, notably if it is adverse to the interests of the respondent, may be inconsistent with the duty of candour.

## (2) Retention of Copy of Withdrawn Information

[256] As stated in section 4 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, the Federal Court is a “superior court of record.” Although undefined in the *Federal Courts Act*, this entails that the Court has an obligation to preserve records of proceedings, which act as its judicial memory, to ensure a historical record and to ensure

ce que l'incidence du retrait sur le reste du dossier soit convenablement analysée et communiquée au juge désigné conformément aux intérêts des appelants.

[254] En outre, la divulgation des renseignements retirés, ainsi que des raisons qui expliquent leur retrait, au juge désigné et, par extension, aux *amici curiae*, concorde avec l'obligation de franchise dont l'intimé doit faire preuve dans une instance *ex parte* et à huis clos. Citant l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, et l'arrêt *Almrei (Re)*, la Cour suprême du Canada a déclaré ce qui suit au sujet de l'obligation de franchise dans le cadre d'une instance *ex parte* et à huis clos dans l'arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 101 :

Dans *Ruby*, la Cour a reconnu que les obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue s'appliquent lorsqu'une partie se fonde sur des éléments de preuve durant des procédures *ex parte* : « Elle doit offrir une preuve complète et détaillée, et n'omettre aucune donnée pertinente qui soit défavorable à son intérêt » (par. 27). La Cour fédérale a ajouté, dans *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163 par. 500, que « [l]es obligations de bonne foi la plus absolue et de franchise impliquent que la partie s'appuyant sur une preuve *ex parte* effectuera un examen approfondi des renseignements en sa possession et présentera des observations fondées sur tous les renseignements, y compris ceux qui ne sont pas favorables à sa thèse. »

[255] Dans ce contexte, on peut dire aussi que le défaut de divulguer les raisons pour lesquelles des renseignements ou des éléments de preuve ont été retirés de même que les renseignements ou les éléments de preuve eux-mêmes, notamment s'ils sont contraires aux intérêts de l'intimé, peut ne pas cadrer avec l'obligation de franchise.

## 2) La conservation d'une copie des renseignements retirés

[256] Comme il est indiqué à l'article 4 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, la Cour fédérale est une « cour supérieure d'archives ». Bien qu'elle ne soit pas définie dans la *Loi sur les Cours fédérales*, cette expression implique que la Cour se trouve dans l'obligation de conserver les registres des instances,

that precedent is followed. For instance, the term “court of record” is defined by the *Oxford Dictionary of Law* as “a court whose acts and judicial proceedings are permanently maintained and recorded” and by *Osborn’s Concise Law Dictionary* as “a court whereof the acts and judicial proceedings are enrolled for a perpetual memory and testimony” (*Oxford Dictionary of Law*, 5th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2002), at page 126 and *Osborn’s Concise Dictionary*, 12th ed. (Sweet & Maxwell: Thomson Reuters, 2013), at page 124).

[257] This Court must therefore seek to preserve an accurate historical record of these appeals, notably given that they are the first appeals under the SATA. This includes any withdrawn information or evidence seeing as it could have an impact on the other information or evidence relied upon in these appeals, as discussed above. Of course, the retention of this information would need to be done in a manner that is consistent with the SATA, notably the duty imposed on the designated judge in paragraph 16(6)(h) to “ensure the confidentiality of all information or other evidence that the Minister withdraws.”

### (3) Steps to Be Taken to Secure the Withdrawn Information

[258] To ensure that the confidentiality of the information withdrawn by the Minister is not compromised by the retention of a copy by the Court and to ensure that it is no longer part of the appeal book and safely returned to the Minister, the Court ordered on January 24, 2020, as follows:

1. The AGC is authorized to withdraw information from the classified Appeal Book.
2. The AGC has been authorized to provide new pages of the classified Appeal Book that are affected by the withdrawal and the Registry of the Federal Court has replaced

qui font office de mémoires judiciaires, afin de bénéficier de l’historique du dossier et de s’assurer que l’on suit les précédents. Par exemple, l’expression « cour d’archives » est définie dans l’*Oxford Dictionary of Law* comme étant une [TRADUCTION] « cour dont les actions et les instances judiciaires sont conservées et enregistrées de façon permanente », et dans l’*Osborn’s Concise Law Dictionary* comme étant une [TRADUCTION] « cour dont les actions et les instances judiciaires sont consignées afin de bénéficier d’une preuve et d’un souvenir perpétuels » (*Oxford Dictionary of Law*, 5<sup>e</sup> éd. (Oxford : Oxford University Press, 2002), à la page 126, et *Osborn’s Concise Dictionary*, 12<sup>e</sup> éd. (Sweet & Maxwell : Thomson Reuters, 2013), à la page 124).

[257] La Cour doit donc conserver l’historique exact des dossiers des présents appels, d’autant plus qu’il s’agit des premiers appels que l’on interjette sous le régime de la LSDA. Tous les renseignements ou éléments de preuve retirés sont notamment visés. En effet, ceux-ci pourraient, comme on l’a vu, avoir une incidence sur les autres renseignements ou éléments de preuve invoqués dans les présents appels. Bien sûr, il faudrait que ces renseignements soient conservés d’une manière conforme à la LSDA, notamment à l’obligation imposée au juge désigné à l’alinéa 16(6)h de « garantir la confidentialité des renseignements et autres éléments de preuve que le ministre retire de l’instance ».

### 3) Les mesures à prendre pour sécuriser les renseignements retirés

[258] Pour veiller à ce que la confidentialité des renseignements que retire le ministre ne soit pas compromise par le fait que la Cour en conserve une copie et s’assurer qu’ils ne fassent plus partie du dossier d’appel et soient retournés en toute sécurité au ministre, la Cour a ordonné le 24 janvier 2020 ce qui suit :

[TRADUCTION]

1. Le PGC est autorisé à retirer des renseignements du dossier d’appel 2confidentiel.
2. Le PGC a été autorisé à fournir de nouvelles pages du dossier d’appel confidentiel qui sont touchées par le retrait et le greffe de la Cour fédérale a remplacé les pages

the pages affected by the withdrawal, including the copies provided to the *amici curiae*.

3. The withdrawn information in the classified Appeal Book will be redacted in black and identified as “with-drawn information.”

4. The AGC has been authorized to provide redacted copies of the CSIS classified affidavit to the *amici curiae*.

5. The Court will keep three copies of the classified Appeal Book containing the withdrawn information (original classified Appeal Books). The original classified Appeal Books will be sealed and kept in a separate location at the Designated Registry.

6. A copy of this Order will be placed on each of the sealed copies of the original classified Appeal Books.

7. This Order continues in effect until the Court orders otherwise, including for the duration of any appeal of the proceedings and after final judgment.

[259] The respondent, the appellants, and the *amici curiae* all agree that these measures were sufficient. Moreover, the procedure outlined above has already been undertaken without issue.

#### E. EX PARTE HEARING ON THE MERITS

[260] Finally, I am tasked with deciding whether the SATA allows for *ex parte* and *in camera* hearings on the merits, deciding the purpose of such hearing, and deciding whether one will be required in these appeals.

[261] First, it is my position that an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits is permitted under the SATA. Paragraph 16(6)(a) of the SATA is clear that an *ex parte* and *in camera* hearing is required “at any time during a proceeding” on request of the Minister where the disclosure of information or other evidence “could be injurious to national security or endanger the safety of any person.” This is not limited to any “disclosure phase” of an appeal, should a designated judge choose to separate the SATA appeal in such a fashion. I have

touchées par le retrait, y compris les copies fournies aux *amici curiae*.

3. Les renseignements retirés qui figurent dans le dossier d’appel confidentiel seront caviardés et désignés comme suit : « renseignements retirés ».

4. Le PGC a été autorisé à fournir des copies caviardées de l’affidavit confidentiel du SCRS aux *amici curiae*.

5. La Cour conservera trois copies du dossier d’appel confidentiel contenant les renseignements retirés (les dossiers d’appel confidentiels originaux). Les dossiers d’appel confidentiels originaux seront scellés et conservés en un lieu distinct au greffe désigné.

6. Une copie de la présente ordonnance sera versée dans chacune des copies scellées des dossiers d’appel confidentiels originaux.

7. La présente ordonnance demeurera en vigueur jusqu’à ce que la Cour en ordonne autrement, y compris pendant la durée de tout appel relatif à l’instance et après le jugement définitif.

[259] L’intimé, les appelants et les *amici curiae* conviennent tous que ces mesures étaient suffisantes. Par ailleurs, la procédure décrite ci-dessus a déjà eu lieu sans causer de problème.

#### E. L’AUDIENCE EX PARTE SUR LE FOND DE LA DÉCISION

[260] Enfin, il me faut décider si la LSDA autorise la tenue d’audiences *ex parte* et à huis clos sur le fond d’une décision, déterminer l’objet de telles audiences et décider s’il sera nécessaire d’en tenir une dans le cadre des présents appels.

[261] Premièrement, je suis d’avis qu’il est permis, sous le régime de la LSDA, de tenir une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond de la décision. L’alinéa 16(6)a) de la LSDA indique clairement qu’une audience *ex parte* et à huis clos est requise « à tout moment pendant l’instance » et à la demande du ministre si la divulgation de renseignements ou d’autres éléments de preuve « pourraient porter atteinte [...] à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui ». Cette disposition n’est pas limitée à une quelconque « étape de divulgation » d’un appel, si



already made myself clear on this point. Depending on the circumstances of an appeal, there may be one or many *ex parte* and *in camera* hearings that deal with the Minister's confidentiality claims or the reasonableness of the decision on appeal. There may also be one or more public hearings.

[262] Second, it is my position that the purpose of an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits is to permit the designated judge to hear and actively probe confidential information that cannot be disclosed to an appellant, as well as submissions on this information, in order to determine whether the Minister's decision was reasonable.

## VI. CONCLUSION

[263] To conclude, my answer to each one of the preliminary questions is as follows: (1) the role of the designated judge in SATA appeals is that of a robust and interventionist "gatekeeper," as described in both *Charkaoui I* and *Harkat (2014)*; (2) the role of the *amici curiae* is to assist the Court by representing the interests of the appellants during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals and their mandate is a robust and interventionist one but one that does not go as far as have them assume the role of counsel for the appellants; (3) the withdrawn information, and the reasons for its withdrawal, must be provided to the designated judge and the *amici curiae*; and (4) an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits is called for in appeals under the SATA. Consistent with the present reasons, the order dated October 7, 2019, will be amended accordingly. To that purpose, a public case management conference will be held in order to receive the input of all parties and the *amici curiae* on the amendments to be made and to discuss further matters essential to moving these proceedings forward.

le juge désigné décide de scinder l'appel interjeté sous le régime de la LSDA. J'ai déjà clairement exprimé mon point de vue sur la question. Selon les circonstances de l'appel, il peut y avoir une ou plusieurs audiences *ex parte* et à huis clos qui portent sur les allégations de confidentialité du ministre ou le caractère raisonnable de la décision portée en appel. Il peut aussi y avoir une ou plusieurs audiences publiques.

[262] Deuxièmement, je suis d'avis qu'une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond d'une décision a pour objet de permettre au juge désigné d'entendre et d'analyser en détail des renseignements confidentiels qui ne peuvent pas être divulgués à l'appelant, ainsi que les observations relatives à ces renseignements, de façon à déterminer si la décision du ministre était raisonnable.

## VI. CONCLUSION

[263] En conclusion, ma réponse à chacune des questions préliminaires est la suivante : 1) le rôle du juge désigné dans un appel interjeté sous le régime de la LSDA est un rôle de « gardien » vigoureux et interventionniste, comme il est décrit dans les arrêts *Charkaoui I* et *Harkat (2014)*; 2) le rôle des *amici curiae* est d'aider la Cour en représentant les intérêts des appelants lors des volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels et ils assument un mandat vigoureux et interventionniste qui ne va toutefois pas jusqu'à être assimilable à un rôle d'avocat des appelants; 3) les renseignements retirés, ainsi que les raisons de leur retrait, doivent être fournis au juge désigné et aux *amici curiae*; 4) une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond de la décision s'impose dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA. Conformément aux présents motifs, l'ordonnance datée du 7 octobre 2019 sera modifiée en conséquence. À cette fin, une conférence de gestion de l'instance publique aura lieu dans le but d'obtenir les commentaires de toutes les parties et des *amici curiae* sur les modifications à apporter ainsi que de discuter d'autres questions essentielles qui permettront de faire avancer la présente affaire.

Annex A

## ORDER

UPON conducting a case management conference by teleconference on September 24, 2019, in the presence of counsel for the parties to discuss matters of interest in both files which included, among others, the appointment of *amicus(ci) curiae*;

AND UPON acknowledging that these appeals are governed by the provisions set out in subsection 16(6) of the *Secure Air Travel Act*, S.C. 2015, c. 20, s. 11 (SATA);

AND UPON noting on a *prima facie* basis that the appeal books contain redacted information regarding the decision to maintain the appellants' status as listed persons under section 15 of the SATA which may not be disclosed to them, the whole subject to the decision to be made on the appropriateness of each redacted information;

AND UPON noting that the appellants and their counsel will be excluded from part of the appeals, if a request is made by the respondent under paragraph 16(6)(a) of the SATA, that this Court hear submissions on the information or other evidence in the absence of the public and the appellants and their counsel in order to prevent an injury to national security or to protect the safety of any person;

AND UPON the Court raising the possibility of appointing an *amicus curiae* or two *amici curiae* in order to ensure procedural fairness to the appellants and noting that there are two appeals which relate to different facts and may raise different issues;

AND UPON receiving written submissions from counsel for the parties on this point;

AND UPON considering that the appointment of two *amici curiae (amici)* will assist the Court in performing its statutory obligations under the SATA;

Annexe A

## ORDONNANCE

APRÈS avoir tenu une conférence de gestion de l'instance par téléconférence le 24 septembre 2019, en présence des avocats des parties, pour discuter de sujets d'intérêt dans les deux dossiers, dont la nomination d'un ou de plusieurs *amici curiae*;

ET APRÈS avoir reconnu que les présents appels sont régis par les dispositions énoncées au paragraphe 16(6) de la *Loi sur la sûreté des déplacements aériens*, L.C. 2015, ch. 20, art. 11 (la LSDA);

ET APRÈS avoir constaté que les dossiers d'appel contiennent des renseignements caviardés au sujet de la décision de maintenir le statut de personne inscrite des appellants en vertu de l'article 15 de la LSDA, renseignements qui ne peuvent pas leur être divulgués, le tout sous réserve de la décision à rendre au sujet du caractère approprié du caviardage de chacun des renseignements visés;

ET APRÈS avoir noté que les appelants et leurs conseils seront exclus d'une partie des appels, s'il est demandé par l'intimé, en vertu de l'alinéa 16(6)a) de la LSDA, que la Cour entende des observations sur les renseignements ou d'autres éléments de preuve en l'absence du public ainsi que des appelants et de leurs conseils de façon à éviter de porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

ET APRÈS que la Cour a évoqué la possibilité de nommer un ou deux *amici curiae* afin de s'assurer que les appelants bénéficient de l'équité procédurale et qu'elle a pris acte du fait qu'il y a deux appels qui se rapportent à des faits différents et qui peuvent soulever des questions différentes;

ET APRÈS avoir reçu des observations écrites des conseils des parties sur ce point;

ET APRÈS avoir jugé que la nomination de deux *amici curiae (amici)* aidera la Cour à s'acquitter des obligations que lui impose la LSDA;

AND UPON noting the alleged violations of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter); noting that the appellants' right to know and meet the case, including the right to make adequate representation in the closed hearing, are principles of fundamental justice pursuant to section 7 of the Charter; and noting that there must be an adequate substantial substitute for the persons concerned in the secret proceedings: *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 [cited above], at paragraph 27; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33 [cited above], at paragraph 43;

AND UPON noting that the appointment of *amici* in such a situation will assist the Court in forming its opinion during the hearing of information or other evidence presented by the respondent in the absence of the appellants and the public and in determining whether its disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person;

AND UPON noting that the appointment of an *amicus curiae* is at the discretion of the Court and that Designated Judges involved in similar matters have appointed *amicus(ci) curiae* to assure such a mandate;

CONSIDERING that the *amici's* mandate will include meeting and communicating with the appellants and their counsel to discuss the matters at hand and, to that purpose, such meetings may be held in Vancouver if not by telephone in accordance with the mandate established below;

CONSIDERING that the *amici* will organise their mandate in such a way as to ensure that there will not be undue duplication of the work but also will do their utmost to divide the said work in order to meet the established timetable provided for in this order;

CONSIDERING that once one of the *amici curiae* or both of them have met or communicated with

ET APRÈS avoir pris acte des allégations de violation de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte), avoir reconnu que le droit des appelants d'être informés de la preuve qui pèse contre eux et d'avoir la possibilité d'y répondre, y compris celui de bénéficier d'une représentation adéquate lors de l'audience à huis clos, sont des principes de justice fondamentale au regard de l'article 7 de la Charte, et avoir reconnu qu'il doit y avoir une solution de rechange adéquate qui remplace pour l'essentiel les intéressés dans le cadre de l'instance secrète : *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 [précité], au paragraphe 27; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33 [précité], au paragraphe 43;

ET APRÈS avoir reconnu que, dans une telle situation, la nomination d'*amici* aidera la Cour à se faire une opinion lors de l'audition des renseignements ou des autres éléments de preuve que l'intimé présentera en l'absence des appelants et du public, ainsi qu'à déterminer si leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

ET APRÈS avoir reconnu que la nomination des *amicus curiae* relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour et que les juges désignés ayant pris part à des affaires semblables ont nommé un ou plusieurs *amici curiae* pour s'acquitter d'un tel mandat;

ÉTANT DONNÉ que le mandat des *amici* devra entre autres prévoir qu'ils rencontreront les appelants et leurs conseils et communiqueront avec eux afin de discuter des questions en litige et, à cette fin, que, si elles ne peuvent être tenues par téléphone, de telles réunions pourront avoir lieu à Vancouver conformément au mandat établi ci-après;

ÉTANT DONNÉ que les *amici* structureront leur mandat de manière à s'assurer qu'il n'y aura pas de doublement excessif du travail mais aussi qu'ils mettront tout en œuvre pour diviser ce travail de façon à respecter le calendrier établi dans la présente ordonnance;

ÉTANT DONNÉ qu'une fois qu'un ou les deux *amicus curiae* auront rencontré les appelants et leurs

the appellants and their counsel and then reviewed the confidential information, the Court will then consider proceeding with a closed case management hearing in the presence of counsel for the respondent and the *amici* and this hearing would then be held before the public case management hearing scheduled for November 14, 2019;

THIS COURT ORDERS that:

1. Mr. Colin Baxter, of Conway Baxter Wilson LLP in Ottawa, Ontario and Mr. Gib van Ert of GIB VAN ERT LAW in Ottawa, Ontario and in Vancouver, British Columbia be appointed as *amici* in this matter and shall assist the Court in performing its statutory obligations under the SATA in a manner coherent with this order and should seek guidance from the presiding judge in this proceeding on a need-to basis and in any circumstances not provided for within the current order;
2. The *amici* shall have access to the confidential information in these appeals as determined by the Court;
3. In a timely manner, and until such time as the *amici* have had access to the confidential information and documents in this application, one of the *amici* (or two if deemed necessary) may meet or communicate with counsel for the appellants for the purpose of understanding matters of interest to the appellants in relation to the information and documents to be reviewed, including communicating with the appellants themselves, in the presence of their counsel, if counsel for the appellants and the *amici* believe it to be necessary and the appellants agree;
4. The appellants and their counsel may transmit to the *amici* a list of relevant questions or submissions the appellants would like the *amici* to raise and submit to the Court during the portion of the proceeding of these appeals which will be held

conseils ou communiqué avec eux et examiné par la suite les renseignements confidentiels, la Cour envisagera de procéder à une audience de gestion de l'instance à huis clos en la présence des avocats de l'intimé et des *amici*, et que cette audience aurait lieu avant la tenue de l'audience de gestion de l'instance publique prévue pour le 14 novembre 2019;

LA COUR ORDONNE ce qui suit :

1. M. Colin Baxter, du cabinet Conway Baxter Wilson LLP, à Ottawa (Ontario), et M. Gib van Ert, du cabinet GIB VAN ERT LAW, à Ottawa (Ontario) et à Vancouver (Colombie-Britannique), sont nommés comme *amici* dans la présente affaire, aideront la Cour à s'acquitter des obligations que lui impose la LSDA d'une manière compatible avec la présente ordonnance et doivent demander conseil au juge qui présidera la présente instance s'ils en ressentent le besoin et en toutes circonstances non prévues dans l'ordonnance en vigueur;
2. Les *amici* auront accès aux renseignements confidentiels dont il est question dans les présents appels, selon ce qu'aura décidé la Cour;
3. En temps opportun, et en attendant que les *amici* aient eu accès aux renseignements et aux documents confidentiels dont il est question dans la présente demande, l'un des *amici* ou les deux s'ils l'estiment nécessaire peuvent se réunir ou communiquer avec les conseils des appelants dans le but de comprendre les sujets qui intéressent ces derniers, relativement aux renseignements et aux documents à examiner, ce qui inclut la possibilité de communiquer avec les appelants eux-mêmes, en présence de leurs conseils, si ces derniers et les *amici* croient qu'il est nécessaire de le faire et si les appelants sont d'accord;
4. Les appelants et leurs conseils peuvent transmettre aux *amici* une liste de questions ou d'observations pertinentes que les appelants aimeraient que les *amici* soulèvent et présentent à la Cour pendant la partie de l'audition des présents appels qui

- in the absence of the public and of the appellants and their counsel;
5. The *amici* shall then inform the Court and counsel in writing that he is ready to proceed with the review of the confidential material. The *amici* will also inform the Court and counsel once they have finished reviewing the confidential materials. Subsequently, if required, a closed case management hearing will be scheduled before November 14, 2019;
6. Once the *amici* have access to the confidential information in this application, the *amici* shall not have any communication with the appellants or their counsel without prior leave of the Court;
7. For clarity, paragraph 6 of this order does not prohibit counsel for the appellants from sending one-way communications to the *amicus* at any time during the proceeding, the receipt of which the *amici* may acknowledge;
8. Any communication between the appellants and their counsel, which is protected by solicitor/client or litigation privilege, will not lose that privilege if it is shared with the *amici*;
9. The *amici* will keep confidential from the appellants, their counsel, and any other persons not participating in the *in camera ex parte* hearing, all information and documents to which the *amici* has had access;
10. In assisting the Court, the *amici* may also:
- Review the confidential information;
  - Participate in the hearing to be held in private, make oral and written submissions, and examine the witnesses;
- se déroulera en leur absence ainsi qu'en l'absence de leurs conseils et du public;
5. Les *amici* informeront ensuite par écrit la Cour et les conseils qu'ils sont prêts à procéder à l'examen des renseignements et des documents confidentiels. Ils informeront également la Cour et les conseils lorsqu'ils auront fini d'examiner les renseignements et les documents confidentiels. Par la suite, au besoin, une audience de gestion de l'instance à huis clos sera fixée à une date antérieure au 14 novembre 2019;
6. Une fois qu'ils auront consulté les renseignements confidentiels dont il est question dans la présente demande, les *amici* ne pourront communiquer avec les appelants ou leurs conseils qu'après avoir obtenu au préalable l'autorisation de la Cour;
7. Par souci de clarté, le paragraphe 6 de la présente ordonnance n'interdit pas aux conseils des appelants de transmettre des communications unilatérales aux *amici* au cours de l'instance, et ces derniers peuvent accuser réception de ces communications;
8. Les communications entre les appelants et leurs conseils, lesquelles sont protégées par le privilège avocat-client ou le privilège relatif au litige, ne perdront pas ce privilège si elles sont partagées avec les *amici*;
9. Les *amici* préserveront la confidentialité de tous les renseignements et documents auxquels ils auront eu accès, en ne les communiquant pas aux appelants, ni à leurs conseils ou à quiconque ne prenant pas part à l'audience tenue à huis clos et *ex parte*;
10. Pour aider la Cour, les *amici* peuvent également :
- examiner les renseignements confidentiels;
  - participer à l'audience qui aura lieu en privé, présenter des observations orales et écrites et interroger les témoins;

- |   |  |
|---|--|
| <p>c. Attend any public hearing in respect of this application and, with leave of the Court, make submissions; and</p> <p>d. Assist in the preparation of summaries of information, if required.</p>              | <p>c. assister à toute audience publique concernant la présente demande et, avec l'autorisation de la Cour, présenter des observations;</p> <p>d. aider à préparer les résumés des renseignements, le cas échéant.</p>                       |
| 11. The respondent will have a right of reply to any submission made by the <i>amici</i> ;  | 11. L'intimé aura le droit de répondre à toute observation que les <i>amici</i> formuleront;   |
| 12. The respondent will pay reasonable fees and disbursements, including travelling expenses of each <i>amicus</i> if required and the <i>amici</i> will do their utmost to ensure that they shall be reasonable; | 12. L'intimé paiera les honoraires et débours raisonnables, y compris les frais de déplacement, de chaque <i>amicus</i> , le cas échéant, et les <i>amici</i> feront leur possible pour faire en sorte que ces montants soient raisonnables; |
| 13. The respondent and the <i>amici</i> may address the Court should there be any disagreements or misunderstandings on the reimbursement of the reasonable fees and disbursements of the <i>amici</i> ;          | 13. L'intimé et les <i>amici</i> peuvent s'adresser à la Cour en cas de désaccord ou de malentendu quant au remboursement des honoraires et des débours raisonnables des <i>amici</i> ;  |
| 14. The parties or the <i>amici</i> may apply to the presiding judge in this proceeding, on notice to the other participants, to vary the terms of this order.  | 14. Les parties ou les <i>amici</i> peuvent présenter au juge qui présidera la présente instance, après en avoir avisé les autres participants, une demande de modification des conditions de la présente ordonnance.                        |

Annex B

## ORDER

UPON convening a public case management conference by teleconference on February 13, 2020, to discuss the preliminary legal issues arising out of the appeals as well as to discuss scheduling matters;

WHEREAS it is this Court's duty to ensure that the open court principle is respected as much as possible according to the circumstances and that the appellants are given an opportunity to be heard and reasonably informed throughout these proceedings;

WHEREAS it is this Court's duty to minimize the delay in which this appeal is decided;

Annexe B

## ORDONNANCE

APRÈS AVOIR convoqué une conférence de gestion de l'instance publique par téléconférence le 13 février 2020 en vue de discuter des questions juridiques préliminaires découlant des appels ainsi que de questions liées au calendrier;

ATTENDU qu'il incombe à la Cour de veiller à ce que le principe de la transparence des procédures judiciaires soit autant que possible respecté eu égard aux circonstances et à ce que l'on donne aux appelants la possibilité d'être entendus et raisonnablement informés tout au long de la présente instance;

ATTENDU qu'il incombe à la Cour de réduire au maximum le délai dans lequel le présent appel est tranché;

HAVING heard from all counsel regarding the list of preliminary legal issues to be decided before moving forward to the next steps in the proceedings;

HAVING heard from all counsel regarding scheduling and concerns with regard to delay; and

UPON noting that an agreement was reached by all counsel with respect to the list of preliminary legal issues to be heard in this case and to the timing for the filing of written submissions:

THE COURT ORDERS that:

1. The appellants, the respondent, and the *amici curiae* shall provide written representations in response to the following legal issues:
  - i. Considering the role of the judge in an appeal pursuant to the *Secure Air Travel Act*, S.C. 2015, c. 20 s. 11 (SATA) and the fact that paragraph 16(6)(g) of the SATA provides that the judge must not base a decision on the information or evidence withdrawn by the Minister in File T-670-19:
    - (a) Should the designated judge and the *amici curiae* be allowed to see the withdrawn information?
    - (b) Should the designated judge and *amici curiae* be allowed to be informed of the reasons for which the Minister withdrew the information?
  - ii. Considering that paragraph 16(6)(g) of the SATA provides that the judge must return the withdrawn information to the Minister, should the Federal Court, as a superior court of record, retain a copy of the withdrawn information? If so, what steps should be taken by the registry to ensure that the withdrawn information is no longer part of the appeal

APRÈS avoir entendu tous les avocats au sujet de la liste des questions juridiques préliminaires à trancher avant les prochaines étapes de l'instance;

APRÈS avoir entendu tous les avocats au sujet du calendrier et des préoccupations relatives aux délais;

ET APRÈS avoir pris acte de l'entente à laquelle sont parvenus les avocats au sujet de la liste des questions juridiques préliminaires devant être examinées en l'espèce ainsi que des dates de dépôt des observations écrites;

LA COUR ORDONNE ce qui suit :

1. Les appelants, l'intimé et les *amici curiae* fourniront des observations écrites en réponse aux questions juridiques suivantes :
  - i. Compte tenu du rôle que joue le juge dans le cadre d'un appel interjeté sous le régime de la *Loi sur la sûreté des déplacements aériens*, L.C. 2015, ch. 20, art. 11 (la LSDA) et du fait qu'aux termes de l'alinéa 16(6)g) de la LSDA le juge ne peut fonder sa décision sur les renseignements ou les éléments de preuve que le ministre a retirés dans le dossier T-670-19 :
    - a) Le juge désigné et les *amici curiae* devraient-ils être autorisés à voir les renseignements retirés?
    - b) Le juge désigné et les *amici curiae* devraient-ils être autorisés à être informés des raisons pour lesquelles le ministre a retiré les renseignements?
  - ii. Compte tenu du fait que l'alinéa 16(6)g) de la LSDA prévoit que le juge est tenu de remettre les renseignements retirés au ministre, la Cour fédérale, à titre de cour supérieure d'archives, devrait-elle conserver une copie des renseignements retirés? Dans l'affirmative, quelles mesures le greffe devrait-il prendre pour veiller à ce que les renseignements retirés ne

- 
- |   |  |
|---|--|
| book? When should the withdrawn information be returned to the Minister?  | figurent plus dans le dossier d'appel? Quand les renseignements retirés devraient-ils être remis au ministre?  |
| iii. Does the scheme under section 16 of the SATA allow for an <i>ex parte</i> hearing on the merits of the appeal? If so, what is the purpose of the <i>ex parte</i> hearing on the merits? What is the role of the <i>amicus curiae</i> in the <i>ex parte</i> hearing, and does it include the possibility of cross-examining witnesses?   | iii. Le régime que prévoit l'article 16 de la LSDA autorise-t-il la tenue d'une audience <i>ex parte</i> sur le fond de l'appel? Dans l'affirmative, quel est l'objet de cette audience? Quel rôle l' <i>amicus curiae</i> joue-t-il dans l'audience <i>ex parte</i> , et ce rôle inclut-il la possibilité de contre-interroger des témoins?   |
| iv. Is an <i>ex parte</i> hearing on the merits required in these appeals?  | iv. Est-il nécessaire de tenir une audience <i>ex parte</i> sur le fond dans les présents appels?  |
| 2. The respondent's submissions shall be provided on or before February 28, 2020;   | 2. L'intimé fournira ses observations avant le 28 février 2020 inclusivement;  |
| 3. The appellants and the <i>amici curiae</i> shall provide their submissions on or before March 20, 2020;  | 3. Les appelants et les <i>amici curiae</i> fourniront leurs observations avant le 20 mars 2020 inclusivement;   |
| 4. Counsel for the appellants shall make best efforts to share their submissions, or a draft version of such, to the <i>amici curiae</i> on or before March 16, 2020, in the interest of avoiding redundancy and to provide the <i>amici curiae</i> with the ability to better complement the submissions of the appellants in order to assist the Court in fulfilling its duties;  | 4. Les conseils des appelants feront de leur mieux pour remettre leurs observations, ou une ébauche de ces observations, aux <i>amici curiae</i> au plus tard le 16 mars 2020, par souci d'éviter toute redondance et d'offrir aux <i>amici curiae</i> la possibilité de compléter pour le mieux les observations des appelants de façon à aider la Cour à s'acquitter de ses obligations;   |
| 5. Pursuant to this Court's orders dated January 6, 2020, November 15, 2019, and October 7, 2019, the appellants may communicate their submissions to the <i>amici curiae</i> . However, the <i>amici curiae</i> may not communicate with the appellants nor their counsel, but to acknowledge receipt. Should the appellants or the <i>amici curiae</i> be of the opinion that communication between the <i>amici curiae</i> and the appellants or their counsel would be preferable, they may then seek prior leave of the Court; | 5. Conformément aux ordonnances de la Cour datées du 6 janvier 2020, du 15 novembre 2019 et du 7 octobre 2019, les appelants peuvent communiquer leurs observations aux <i>amici curiae</i> . Cependant, ces derniers ne peuvent communiquer avec les appelants ou leurs conseils qu'à des fins d'accusé de réception. Si les appelants ou les <i>amici curiae</i> sont d'avis qu'il serait préférable qu'il y ait des communications entre les <i>amici curiae</i> et les appelants ou leurs conseils, ils doivent demander l'autorisation de la Cour avant d'entrer en communication avec quiconque; |



- 
6. The respondent shall provide a reply to the submissions of the appellants and the *amici curiae*, if required, by March 27, 2020;
  7. Before April 3, 2020, the parties shall inform the Court in writing if a public hearing is required regarding these preliminary legal issues;
  8. Should the submissions to the preliminary legal issues contain sensitive information, the respondent, the *amici curiae*, and/or the Court may request an *ex parte* hearing;
  9. The scheduling of the *ex parte* cross-examination is postponed until a final decision is issued with respect to the list of preliminary legal issues;
  10. In the interest of limiting delay in this matter, the *amici curiae* and respondent will report to the Court about their discussions regarding the redactions in this case, in writing, on or before February 20, 2020.
6. L'intimé fournira une réponse aux observations des appelants et des *amici curiae*, le cas échéant, au plus tard le 27 mars 2020;
  7. Avant le 3 avril 2020, les parties feront savoir par écrit à la Cour s'il est nécessaire de tenir une audience publique au sujet des présentes questions juridiques préliminaires;
  8. Si les observations portant sur les questions juridiques préliminaires contiennent des renseignements de nature délicate, l'intimé, les *amici curiae* ou la Cour peuvent demander la tenue d'une audience *ex parte*;
  9. La date du contre-interrogatoire *ex parte* est reportée jusqu'à ce qu'une décision définitive soit rendue sur la liste des questions juridiques préliminaires;
  10. Par souci de limiter les délais, les *amici curiae* et l'intimé feront part à la Cour de leurs discussions concernant les caviardages effectués en l'espèce, et ce, par écrit, au plus tard le 20 février 2020.

# 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.**

---

## MARITIME LAW

Judicial review of finding by Transport Canada, Marine Policy Directorate, Seaway and Domestic Shipping Policy division that standby activities of applicant's vessel *Cable Innovator* considered marine activities of commercial nature as defined in *Coasting Trade Act*, S.C. 1992, c. 31, s. 2(1)(f) — *Cable Innovator* specialized cable ship based in Victoria Harbour in Victoria, British Columbia, used for installation, maintenance, repair of subsea fibre optic cables — Applicant providing these services pursuant to North American Submarine Cable Maintenance Service Contract (NAZ Contract) [2]— Applicant submitting Application for Vessel Temporary Admission to the Coasting Trade of Canada (C47 application) — Canadian Transportation Agency (CTA) determining that no suitable Canadian ship available to provide service or perform activity described in submitted C47 application — Authorizing applicant to temporarily import *Cable Innovator* into Canada on condition applicant obtain coasting trade licence (C48 licence) before vessel commenced its operations — Applicant asserting that its prior practice was to maintain annual C47 temporary admission, to seek C48 licence only when needed to undertake subsea cable maintenance or repairs in Canadian waters — Transport Canada advising applicant that *Cable Innovator* required to hold C48 licence while on standby in Victoria Harbour — Applicant of view that being on standby not marine activity of commercial nature, therefore C48 licence not required while vessel on standby — June 20, 2019, email from Transport Canada assessing that crewed ship, in port, being maintained in state of readiness to deploy to repair emergency cable break within 24 hours as per NAZ Contract under which ship operating, clearly engaged in marine activity — Whether June 20, 2019, email reviewable on judicial review; if so, whether Minister's decision reasonable — Transport Canada sought to compel applicant, "Cable Innovator", to comply with Transport Canada's interpretation of *Coasting Trade Act*, s. 2(1)(f) — Other than subjecting itself to prosecution, judicial review only way for applicant to challenge Transport Canada's interpretation — In these circumstances, June 20, 2019, email administrative action having direct negative effect on applicant's rights, interests; as such, reviewable — Cannot be properly analogized to courtesy letter — As to reasonableness of Minister's decision, Transport Canada's interpretation of s. 2(1)(f) consistent with ordinary meaning of words, contextual reading of phrase within *Coasting Trade Act*, with legislative history of *Coasting Trade Act* — Issue in this matter whether standby service of *Cable Innovator* falling within definition of "coasting trade" under s. 2(1)(f) — More specifically, question whether Transport Canada reasonably found that standby services falling within scope of phrase "in any other marine activity" — In view of description of services/activity described in C47 application, vessel's obligation under NAZ Contract to provide dedicated 24/7 service, clear that standby services inextricably linked to vessel's repair services — To be prepared to respond at all times, vessel having to assume standby posture — Vessel in active state of readiness — Not unreasonable, in these circumstances, for Transport Canada to find that ordinary meaning of "marine activity of a commercial nature" included standby service of *Cable Innovator* — Standby service, repair activities of *Cable Innovator* intrinsically linked — *Cable Innovator* fully manned seagoing vessel, maintained in 24/7 state of preparedness — Not unreasonable for Transport Canada to interpret this standby work as marine activity falling within s. 2(1)(f) — Transport Canada's interpretation not leading to absurd results — In sum, Transport Canada's finding that standby activity of *Cable Innovator* constituting "marine activity of a commercial nature" flowing logically from Global Marine's description of vessel's service, activity in its C47 application — Transport Canada not erring by misconstruing Global Marine's C47 application for temporary admission — Any suggestion that ship engaged in 24/7 standby operation not engaged in "marine" activity defying common sense — Transport Canada's decision reasonable — Application dismissed.

GLOBAL MARINE SYSTEMS LTD. v. CANADA (TRANSPORT) (T-1188-19, 2020 FC 414, Strickland J., reasons for judgment dated March 25, 2020, 59 pp.)

## PRACTICE

## DISCOVERY

*Production of Documents*

Material in the possession of a tribunal — Directions as to procedure — These were reasons resolving impasse between parties arising in underlying appeal from respondent Minister’s refusal to register appellant as Canadian amateur athletic association (CAAA) — Following procedure provided by *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 317, 318, 350, appellant requesting that respondent send it “[a] certified copy of any and all materials produced by, referenced, consulted or relied upon in any way by the Minister in refusing to register the [appellant] as a [CAAA] up to the time the Notice of Refusal to Register was issued” — Respondent objecting to this request and also redacting certain information from certified tribunal record — Parties reaching impasse concerning respondent’s objections — Respondent bringing motion for confidentiality order in relation to redacted information — Court ordering that certain documents be filed confidentially for purposes of disposition of parties’ r. 317 dispute — Issues to be determined herein (1) whether redactions should continue to be treated confidentially; (2) whether Court should make order under r. 318(4) for further disclosure — Redacted information subject to solicitor-client privilege, should continue to be treated confidentially — As to second issue, appellant submitting that r. 350 requiring that rr. 317, 318 be interpreted more broadly in context of appeals than in context of applications for judicial review — Relying on provision in r. 350 for application of rr. 317, 318 to appeals “with such modifications as are necessary” — Words “with such modifications as are necessary” not calling for different substantive application of rr. 317, 318 in appeals — Seven other rules including this phrase — Apparent intention being to adopt procedures from one procedural context for purposes of another, without substantive change — R. 350 not requiring heightened standard of disclosure under rr. 317, 318 in context of statutory appeals — Given grounds of appeal, purpose of rr. 317, 318, respondent should be required to produce any material apart from that already provided that was before respondent when decision made, with exception of properly redacted information — Order made accordingly.

TOMORROW’S CHAMPIONS FOUNDATION V. CANADA (NATIONAL REVENUE) (A-224-19, 2020 FCA 42, Laskin J.A., reasons for order dated February 7, 2020, 10 pp.)

## JUDGMENTS AND ORDERS

*Summary Judgment*

Timing condition — Defendant/plaintiff by counterclaim (Farmers Edge Inc.) submitting notice of motion for summary judgment dismissing patent infringement action brought by plaintiff/defendant by counterclaim (Farmobile, LLC) — Notice of motion referred to Court for directions as to filing pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 72 because notice potentially not complying with r. 213(1) — R. 213(1) requiring party bringing motion for summary judgment to do so any time “before the time and place for trial have been fixed” (timing condition) — Trial date set down in this matter on three separate occasions — Trial adjourned *sine die* as result of COVID-19 pandemic — Farmers Edge arguing, *inter alia*, timing condition not engaged because no trial date currently scheduled — Farmobile submitting that timing condition triggered because trial set down on three occasions — Also arguing Farmers Edge’s motion for summary judgment should not be permitted to proceed under *Federal Courts Rules*, r. 55 because it will not save resources or dismiss its claim — Whether timing condition engaged — If timing condition engaged, whether Court should allow summary judgment motion to proceed under r. 55 (whereby Court may vary rule or dispense with compliance with the *Federal Courts Rules* in special circumstances) — R. 213(1) stating that “[a] party may bring a motion for summary judgment or summary trial on all or some of the issues raised in a pleading at any time after the defendant has filed a defence but before the time and place for trial have been fixed” — Timing condition, properly interpreted, preventing Farmers Edge from filing motion for summary judgment at this stage, as of right, because trial date previously fixed (three times) in proceeding — Requirement on each party to continue advancing their case to trial not suddenly disappearing or changing simply because trial date temporarily adjourned *sine die* due to exceptional, unforeseen circumstances — Parties expected to maintain their focus on trial preparation — Preparation of evidence for, hearing of, summary judgment motion running contrary to *Federal Courts Rules*, r. 3 objective to bring trial on as quickly as possible — R. 213(1) intended to preclude party from bringing motion for summary judgment, without leave of Court (r. 55), after first trial date fixed, even if later adjourned — Open to Court under r. 55 to permit motion for summary judgment to proceed notwithstanding that trial date already fixed — Factors in *Hoffmann-La Roche Limited v. Pfizer Canada Inc.*, 2018 FC 932 considered — Farmers Edge not discharging its burden of satisfying Court that significant savings of costs, time, and efficiencies made by permitting motion to proceed — Even if motion succeeding, not resulting in full adjudication of every issue in litigation — Farmobile suffering prejudice if summary judgment

**PRACTICE—Concluded**

motion allowed to proceed — Farmers Edge not bringing its summary judgment motion in timely manner — Farmers Edge’s request to proceed with motion for summary judgment dismissed.

FARMOBILE, LLC V. FARMERS EDGE INC. (T-449-17, 2020 FC 688, Case Management Judge Kathleen M. Ring, reasons for order dated June 15, 2020, 13 pp.)

**PENITENTIARIES**

Judicial review of two decisions of independent chairperson sitting for Archambault Institution’s disciplinary court regarding applicant’s conviction under s. 40(k) of *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (Act) — Applicant provided urine sample as part of Correctional Service of Canada (CSC) Urinalysis Program — Gamma-Dynacare laboratory (Dynacare), only laboratory in Canada certified by Substance Abuse and Mental Health Services Administration (SAMHSA), tested urine sample, finding it positive for tetrahydrocannabinol carboxylic acid (THC carboxylic acid) — Applicant receiving disciplinary offence report for “[taking] an intoxicant into [his] body” contrary to s. 40(k) — Program Manager refusing to provide sample of first urine sample taken from applicant for second opinion at another laboratory — Commissioner’s Directive 566-10— Urinalysis Testing (Directive 566-10) providing for possibility of requesting “retest”, as long as it is done in laboratory certified by SAMHSA — In the end, applicant not requesting retest — Applicant receiving, upon request, report from Dynacare indicating quantitative level of THC carboxylic acid found in his urine sample — Given Program Manager’s refusal to provide urine sample so that applicant could instruct another laboratory to carry out independent second analysis, applicant requesting that offence report be rejected on ground that his fundamental rights were violated — Disciplinary court issuing interlocutory decision finding, *inter alia*, that: procedure established under program ensuring respect for inmates’ right to procedural fairness; authorizing second opinion outside provided mechanisms, full control over second opinions on urinalyses going beyond requirements of procedural fairness; CSC not required to systematically disclose quantitative levels when disciplinary charges laid under Act, s. 40(k) — Disciplinary court finding applicant guilty of taking intoxicant into his body — Main issue whether disciplinary court erring in law in concluding: that CSC not required to systematically disclose quantitative levels for disciplinary charges laid under s. 40(k); that allowing applicant to seek second opinion, other than by using remedies enshrined in Act, Regulations, going beyond requirements of procedural fairness — Not disclosing quantitative level to inmate without specific request from inmate not violation of right to make full answer, defence — Inmate having right to have “all the information to be considered in the taking of the decision” — However, how much information needing to be provided determined in light of context, circumstances, defence raised by inmate — Furthermore, text of Act, s. 27(1) not justifying disclosure of information not considered by decision maker in taking of decision — In accordance with *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, s. 69, positive test result giving rise to presumption that inmate indeed taking prohibited substance into body, certificate provided for in Regulations, s. 68, stating that sample positive, sufficient to establish that inmate committed offence under s. 40(k) — Quantitative levels may be relevant to nature of test performed, but relevance not requirement for disclosing information under Act, s. 27 — Procedural fairness in disciplinary hearings not breached when inmates required to justify need to receive information not taken into account in decision to charge them — Absence of obligation to systematically disclose quantitative levels creating barrier to strategies by which inmates can attempt to develop random defence system based on disclosure of precise level in order to avoid penalty — Disciplinary court making no reviewable error in this regard in its decision — Independent chairperson’s decision denying applicant’s request for second opinion to challenge results of first test constituting a “reasonable opportunity ... to ... introduce evidence” in his defence in disciplinary hearing under Program — SAMHSA certification reflecting highest standard in industry — Exclusive jurisdiction of approved laboratories favouring neither inmates nor CSC — These directives as to which laboratories to use constituting reasonable limit on right to introduce second opinion — Requiring that any outside laboratory used in connection with Program be SAMHSA-certified reasonable measure — Fact inmate not fully in control of second opinion not unduly prejudicial in itself — Independent chairperson’s decision not breaching procedural fairness — Application dismissed.

PERRON V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-494-19, 2020 FC 741, Pamel J., reasons for judgment dated July 2, 2020, 48 pp.)

**TRADE-MARKS**

## REGISTRATION

Appeal from Federal Court decision (2018 FC 408) upholding Trademarks Opposition Board decision (2016 TMOB 30) rejecting appellant's opposition to trademark applications filed by respondent to register JAVELO, JAVELO & DESIGN — Appellant filing statements of opposition against JAVELO applications on grounds applications contrary to *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2, 12(1)(d), 16(3)(a),(b), 30(b), 50 — Respondent filing counter statements — Board concluding JAVELO trademark not used in violation of Act, not leading to likelihood of confusion with appellant's JAVEX marks — Appellant appealing Board's decision before Federal Court — Appellant filing new evidence before Federal Court, including brand awareness surveys — Federal Court considering this evidence too cursory to allow for determination of extent of use or of marks' acquired distinctiveness — Refusing to consider surveys on basis impossible to assess reliability, relevance thereof — Finding reasonable Board's findings that JAVELO marks not improperly used prior to registration, not losing their distinctiveness due to their use by third parties — Finding no confusion between parties' marks — Concluding that both parties' marks possessing limited inherent distinctiveness — Fact same products associated with two marks at issue not sufficient, for Federal Court, to counterbalance low degree of resemblance — Whether Federal Court erring: in its approach to fresh evidence; in applying wrong legal test for confusion; in dismissing the appellant's other grounds of opposition — Federal Court not erring in its assessment of new evidence — Surveys not presented to Federal Court through qualified expert — When applying test for confusion, trier of fact must have regard to all surrounding circumstances, including those specifically enumerated in Act, s. 6(5) — Federal Court doing precisely that in present case — No error in Federal Court's statement that consumer "is not always hurried to the same extent" for valuable or niche market goods — Federal Court not making palpable, overriding error in assessing degree of resemblance between marks — Decision of Board due high degree of deference — Trademarks suggestive of product sold having limited inherent distinctiveness, thus having limited protection — Even small difference with such marks sufficient to diminish likelihood of confusion — Assessment of inherent distinctiveness cannot be limited to one of two official languages of Canada — Fact that unilingual francophone or bilingual consumer may not be confused by marks cannot cancel out likelihood of confusion for unilingual anglophone — No palpable, overriding error in *de novo* assessment performed by Federal Court with respect to acquired distinctiveness of appellant's marks — Rejection of appellant's ground of opposition based on Act, s. 12(1)(d) entirely warranted — Appeal dismissed.

THE CLOROX COMPANY OF CANADA, LTD. v. CHLORETEC S.E.C. (A-141-18, 2020 FCA 76, de Montigny J.A., reasons for judgment dated April 20, 2020, 25 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.

---

## DROIT MARITIME

Contrôle judiciaire de la conclusion de Voie maritime et politique de transport intérieur, au sein de la Direction Générale de la politique maritime à Transports Canada, selon laquelle les activités de mise en disponibilité du navire *Cable Innovator* étaient considérées comme une activité maritime de nature commerciale au sens de l'art. 2(1)f) de la *Loi sur le cabotage*, L.C. 1992, ch. 31 — Le *Cable Innovator* est un bâtiment spécialisé dans la pose, la maintenance et la réparation de câbles sous-marins de fibre optique qui jette l'ancre dans le port de Victoria, à Victoria, en Colombie-Britannique — La demanderesse assurait ces services dans le cadre du contrat de maintenance des câbles sous-marins d'Amérique du Nord (« contrat de la ZAN ») — La demanderesse a présenté une Demande d'admission temporaire d'un navire pour fins de cabotage au Canada (demande C47) — L'Office des transports du Canada (OTC) a établi qu'il n'existait pas de navire canadien adapté et disponible pour assurer le service ou être affecté aux activités visées dans la demande C47 — Il a autorisé la demanderesse à importer temporairement le *Cable Innovator* au Canada à condition qu'elle obtienne une licence de cabotage (licence C48) avant que le navire puisse entreprendre ses activités — La demanderesse a affirmé que sa pratique avait consisté jusque-là à faire renouveler son autorisation d'admission temporaire C47 d'année en année et de demander la licence C48 uniquement au besoin lorsqu'il lui fallait réaliser des travaux de maintenance ou de réparation sur des câbles sous-marins en eaux canadiennes — Transports Canada a avisé la demanderesse que le *Cable Innovator* était tenu de posséder une licence C48 lorsqu'il était en disponibilité dans le port de Victoria — La demanderesse a fait valoir que l'état de disponibilité opérationnelle n'est pas une activité maritime de nature commerciale et qu'il n'était donc pas nécessaire d'obtenir une licence C48 lorsqu'un navire se mettait en disponibilité opérationnelle — Dans un courriel daté du 20 juin 2019, Transports Canada a déterminé qu'il ne fait aucun doute que, si un navire mouille dans un port, avec son équipage, en restant prêt à appareiller pour réparer en urgence la rupture d'un câble dans un délai de 24 heures conformément au contrat de la ZAN encadrant son exploitation, il effectue une activité maritime — Il s'agissait de savoir si le courriel du 20 juin 2019 était susceptible de contrôle judiciaire; dans l'affirmative, si la décision du ministre était raisonnable — Transports Canada a tenté de forcer la demanderesse et le *Cable Innovator* à se conformer à l'interprétation ministérielle de l'art. 2(1)f) de la *Loi sur le cabotage* — Exception faite du recours en contrôle judiciaire, la demanderesse n'avait aucun moyen de contester l'interprétation de Transports Canada — Vu les circonstances, la lettre du 20 juin 2019 était une mesure administrative qui a porté directement atteinte aux droits et aux intérêts de la demanderesse et elle était à ce titre susceptible de contrôle — Elle ne pouvait être assimilée à une lettre de courtoisie — En ce qui concerne le caractère raisonnable de la décision du ministre, l'interprétation de l'art. 2(1)f) préconisée par Transports Canada était conforme au sens ordinaire des mots, à leur interprétation dans le contexte de la *Loi sur le cabotage* et à l'historique de la *Loi sur le cabotage* — Dans la présente affaire, la question était de savoir si le service de mise en disponibilité opérationnelle offert par le *Cable Innovator* était visé par la définition de « cabotage » de l'art. 2(1)f) — La question qui se posait, plus précisément, était celle du caractère raisonnable de la conclusion de Transports Canada, selon laquelle les services de mise en disponibilité opérationnelle relèveraient de « toute autre activité maritime » — Vu la description des services et de l'activité figurant dans la demande C47 et le fait que le navire était tenu, aux termes du contrat de la ZAN, d'offrir ses services en exclusivité 24 heures sur 24, 7 jours sur 7, il ne faisait aucun doute que les services de mise en disponibilité étaient intimement liés aux services de réparation offerts par le navire — Pour être prêt à intervenir à tout moment, le navire devait se maintenir en état de disponibilité opérationnelle — Le navire était en état de préparation actif — Dans ces circonstances, il n'était pas déraisonnable de conclure, comme l'a fait Transports Canada, que le terme « activité maritime de nature commerciale » englobait, selon son sens ordinaire, le service de mise en disponibilité opérationnelle du *Cable Innovator* — Le service de disponibilité opérationnelle offert par le *Cable Innovator* et

**DROIT MARITIME—Fin**

ses activités de réparation étaient indissociables — Le *Cable Innovator* est un bâtiment de mer doté d'un équipage complet et maintenu en permanence en état de préparation à l'intervention — Il n'était pas déraisonnable que Transports Canada assimile ce travail sur demande à une activité maritime visée par l'art. 2(1)f) — L'interprétation de Transports Canada ne conduirait pas à des résultats absurdes — En somme, la conclusion de Transports Canada selon laquelle l'activité de mise en disponibilité opérationnelle du *Cable Innovator* constituait une « activité maritime de nature commerciale » était le résultat logique de la description que Global Marine a donnée des services et de l'activité du navire dans sa demande C47 — Transports Canada n'a pas commis d'erreur d'interprétation de la demande présentée par Global Marine en vue d'obtenir une autorisation d'admission temporaire C47 — Prétendre qu'un navire en état permanent de disponibilité opérationnelle ne se livre à aucune activité « maritime » défait toute logique — La décision de Transports Canada était raisonnable — Demande rejetée.

GLOBAL MARINE SYSTEMS LTD. C. CANADA (TRANSPORTS) (T-1188-19, 2020 CF 414, juge Strickland, motifs du jugement en date du 25 mars 2020, 59 p.)

**MARQUES DE COMMERCE****ENREGISTREMENT**

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2018 CF 408) confirmant la décision de la Commission des oppositions des marques de commerce (2016 COMC 30), qui a rejeté l'opposition de l'appelante aux demandes d'enregistrement des marques de commerce JAVELO et JAVELO DESSIN présentées par l'intimée — L'appelante a déposé des déclarations d'opposition aux demandes JAVELO au motif que les demandes étaient contraires aux art. 2, 12(1)d), 16(3)a) et b), 30b) et 50 de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13 — L'intimée a déposé des contre-déclarations — La Commission a conclu que l'emploi de la marque de commerce JAVELO n'enfreignait pas la Loi et n'entraînait pas de risque de confusion avec les marques JAVEX de l'appelante — L'appelante a fait appel de la décision de la Commission devant la Cour fédérale — L'appelante a présenté de nouveaux éléments de preuve devant la Cour fédérale, notamment des études au sujet de la notoriété des marques — La Cour fédérale a estimé que ces éléments de preuve étaient trop superficiels pour permettre de mesurer la portée de cet emploi ou du caractère distinctif que les marques en question ont pu avoir acquis — Elle a refusé d'examiner les conclusions d'études au motif qu'il était impossible d'en apprécier la fiabilité et la pertinence — Elle a jugé raisonnables les conclusions de la Commission selon lesquelles les marques JAVELO n'ont pas été employées de manière inappropriée avant leur enregistrement et n'ont pas perdu leur caractère distinctif en raison de leur emploi par des tiers — Elle a conclu qu'il n'y avait pas de confusion entre les marques des parties — Elle a conclu que les marques des deux parties possédaient un caractère distinctif inhérent limité — Le fait que les produits visés par les deux marques soient les mêmes n'était pas suffisant, pour la Cour fédérale, pour faire contrepoids au faible degré de ressemblance — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur : dans son approche des nouveaux éléments de preuve; en appliquant le mauvais critère juridique en matière de confusion; en rejetant les autres motifs d'opposition de l'appelante — La Cour fédérale n'a commis aucune erreur dans son évaluation des nouveaux éléments de preuve — Aucune étude n'a été présentée à la Cour fédérale par un expert compétent — Au moment d'appliquer le critère de confusion, le juge des faits doit tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce, notamment les critères énumérés expressément à l'art. 6(5) de la Loi — C'est précisément ce que la Cour fédérale a fait en l'espèce — La Cour fédérale n'a commis aucune erreur en déclarant qu'un consommateur « n'est pas toujours pressé au même degré » lorsqu'il s'agit de biens de grande valeur ou qui relèvent d'un marché spécialisé — La Cour fédérale n'a commis aucune erreur manifeste et dominante dans son évaluation du degré de ressemblance entre les marques — La décision de la Commission a dû faire l'objet d'un degré élevé de retenue — Les marques de commerce qui sont évocatrices du produit vendu ont un caractère distinctif inhérent limité et donc une protection limitée — Même une petite différence avec ces marques suffira à réduire le risque de confusion — L'évaluation du caractère distinctif inhérent ne peut se limiter à l'une des deux langues officielles du Canada — Le fait qu'un consommateur unilingue francophone ou bilingue ne puisse pas être confus par les marques ne peut pas annuler un risque de confusion pour le consommateur anglophone unilingue — Aucune erreur manifeste et dominante n'a été commise dans l'évaluation des nouveaux éléments de preuve menée par la Cour fédérale en ce qui concerne le caractère distinctif acquis des marques de l'appelante — Le rejet du motif d'opposition de l'appelante fondé sur l'art. 12(1)d) de la Loi était entièrement justifié — Appel rejeté.

THE CLOROX COMPANY OF CANADA, LTD. C. CHLORETEC S.E.C. (A-141-18, 2020 CAF 76, juge de Montigny, J.C.A., motifs du jugement en date du 20 avril 2020, 25 p.)

**PÉNITENCIERS**

Contrôle judiciaire de deux décisions rendues par le président indépendant siégeant pour le tribunal disciplinaire de l'établissement Archambault relatives à la condamnation du demandeur en vertu de l'art. 40k) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (la Loi) — Le demandeur avait produit un échantillon d'urine dans le cadre du Programme de prise et d'analyse d'échantillon d'urine du Service correctionnel du Canada (SCC) [9,6] — Le laboratoire Gamma-Dynacare (Dynacare), soit le seul laboratoire au Canada certifié par la Substance Abuse and Mental Health Services Administration (SAMHSA), a procédé à l'analyse de l'échantillon et a conclu qu'il était positif au tétrahydrocannabinol (THC) acide carboxylique — Le demandeur a reçu un rapport d'infraction disciplinaire pour avoir « introduit dans son corps une substance intoxicante » contrairement à l'art. 40k) — La gestionnaire du Programme a refusé de produire un échantillon de l'urine du demandeur initialement prélevée pour une contre-expertise dans un autre laboratoire — La Directive du commissaire 566-10 – Prise et analyse d'échantillons d'urine (Directive 566-10) prévoit la possibilité de demander qu'une « seconde analyse » soit faite [15], pourvu que ce soit dans un laboratoire certifié par la SAMHSA — Au final, le demandeur n'a pas demandé une seconde analyse — Après en avoir fait la demande, le demandeur a reçu le rapport de Dynacare indiquant le taux quantitatif de THC constaté dans son échantillon d'urine — Vu le refus de la gestionnaire du Programme de lui produire un échantillon d'urine afin qu'il puisse charger un autre laboratoire d'une contre-expertise indépendante, le demandeur a demandé le rejet du rapport d'infraction au motif que ses droits fondamentaux n'avaient pas été respectés — Le tribunal disciplinaire a rendu une décision interlocutoire dans laquelle il a conclu entre autres que : la procédure établie dans le cadre du Programme assure le respect du droit des détenus à l'équité procédurale; l'autorisation d'une contre-expertise en dehors des mécanismes prévus et le plein contrôle des contre-expertises des analyses d'échantillon d'urine irait au-delà de ce qu'exige l'équité procédurale; le SCC n'est pas tenu de produire systématiquement les taux quantitatifs en cas d'accusations disciplinaires portées aux termes de l'art. 40k) de la Loi — Le tribunal disciplinaire a reconnu le demandeur coupable d'avoir introduit une substance intoxicante dans son corps — Il s'agissait principalement de déterminer si le tribunal disciplinaire a commis une erreur de droit : en concluant que le SCC n'est pas tenu de produire systématiquement les taux quantitatifs en matière d'accusations disciplinaires portées en vertu de l'alinéa 40k); et en concluant que permettre au demandeur de procéder à une contre-expertise, autrement que par les voies de recours consacrés par la Loi et les règlements irait au-delà de ce qu'exige l'équité procédurale — La non-communication du taux quantitatif au détenu sans demande spécifique de sa part ne constitue pas un manquement au droit de préparer une défense pleine et entière — Le détenu a le droit de se faire communiquer « tous les renseignements entrant en ligne de compte » dans « la prise de décision » — Par contre, la portée de la communication doit être déterminée au regard du contexte, des circonstances et du moyen de défense qui pourrait être invoqué par le détenu — De plus, le texte de l'art. 27(1) de la Loi ne justifie pas la communication de renseignements qui n'ont pas été pris en compte par le décideur lorsqu'il a pris sa décision — Conformément à l'art. 69 du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, un résultat positif à un test fait jouer la présomption portant que le détenu a introduit la substance interdite dans son corps, et le certificat d'analyse prévu par l'article 68 du Règlement, attestant que l'échantillon est positif, est suffisant pour démontrer qu'il a commis l'infraction réprimée par l'art. 40k) — Les taux quantitatifs peuvent être pertinents en ce qui concerne la nature de l'analyse entreprise, mais la pertinence n'est pas le critère de communication d'informations prévu par l'article 27 de la Loi — Il n'y a aucun manquement à l'équité procédurale dans le cadre des audiences disciplinaires lorsqu'il est exigé des détenus de justifier la nécessité de recevoir des informations qui n'ont pas été prises en compte dans une décision d'inculpation — L'absence d'obligation de communiquer systématiquement les taux quantitatifs évite des stratégies où le détenu peut tenter d'élaborer un système de défense aléatoire fondé sur la communication du taux précis afin d'éviter une pénalité — La décision du tribunal disciplinaire n'était entachée d'aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire sur ce point — La décision du président indépendant de refuser la demande de contre-expertise du demandeur afin de contester les résultats de la première analyse constitue une « limite raisonnable [...] de présenter des éléments de preuve » en défense dans le cadre d'une audience disciplinaire relative au Programme — La certification de la SAMHSA reflète la norme la plus élevée de l'industrie — La compétence exclusive des laboratoires approuvés ne favorise ni le détenu ni le SCC — Ces directives en matière de laboratoire constituent une limite raisonnable au droit de présenter une contre-expertise — Exiger que tout laboratoire extérieur utilisé en relation avec le Programme soit certifié par la SAMHSA est une mesure raisonnable — Le fait qu'un détenu n'ait pas le plein contrôle de la contre-expertise n'est pas indûment préjudiciable en soi — Il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale dans la décision du président indépendant — Demande rejetée.

PERRON C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-494-19, 2020 CF 741, juge Pamel, motifs du jugement en date du 2 juillet 2020, 48 p.)



## PRATIQUE

## COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE

*Production de documents*

Documents en possession d'un tribunal — Instructions sur la procédure à suivre — Il s'agissait des motifs visant à résoudre l'impasse créée entre les parties dans l'appel sous-jacent interjeté contre le refus de l'intimé, le ministre, d'enregistrer l'appelante en tant qu'association canadienne de sport amateur (ACSA) — En suivant la procédure prévue aux règles 317, 318 et 350 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, l'appelante a demandé que l'intimé lui envoie « [u]ne copie certifiée conforme de tous les documents produits par le ministre, auxquels il a fait référence, qu'il a consultés ou sur lesquels il s'est fondé de quelque manière que ce soit pour refuser d'enregistrer [l'appelante] en tant qu'[ACSA] jusqu'à la date de délivrance de l'avis de refus d'enregistrement [...] » — L'intimé s'est opposé à cette demande et a également caviardé certains renseignements du dossier certifié du tribunal — Les parties ont abouti à une impasse concernant les oppositions de l'intimé — L'intimé a déposé une requête en vue d'obtenir une ordonnance de confidentialité concernant les renseignements caviardés — La Cour a ordonné que certains documents soient déposés de manière confidentielle aux fins de la résolution du différend entre les parties au titre de la règle 317 — Il s'agissait de trancher en l'espèce les questions de savoir 1) si les renseignements caviardés doivent continuer à être traités confidentiellement; 2) si la Cour doit rendre une ordonnance aux termes du paragraphe 318(4) pour faire divulguer des documents supplémentaires — Les renseignements caviardés sont soumis au secret professionnel de l'avocat et doivent continuer à être traités de manière confidentielle — En ce qui concerne la deuxième question, l'appelante soutient que la règle 350 exige que les règles 317 et 318 soient interprétés plus largement dans le contexte des appels que dans celui des demandes de contrôle judiciaire — Elle s'est appuyée sur la disposition de la règle 350 qui prévoit l'application des règles 317 et 318 aux appels « avec les adaptations nécessaires » — Les mots « avec les adaptations nécessaires » n'exigent pas une application sur le fond différente des règles 317 et 318 aux appels — Sept autres règles comportent cette expression — L'intention apparente est d'adopter des règles d'un contexte procédural aux fins d'un autre, sans apporter de modifications quant au fond — La règle 350 n'exige pas une norme de divulgation plus élevée aux termes des règles 317 et 318 dans le contexte des appels prévus par une loi — Compte tenu des motifs d'appel et de l'objet des règles 317 et 318, l'intimé devrait être tenu de produire tout document autre que celui déjà fourni qui lui était soumis au moment où la décision a été prise, à l'exception des renseignements dûment caviardés — Une ordonnance a été rendue en conséquence.

TOMORROW'S CHAMPIONS FOUNDATION C. CANADA (REVENU NATIONAL) (A-224-19, 2020 CAF 42, juge Laskin, J.C.A., motifs de l'ordonnance en date du 7 février 2020, 10 p.)

## JUGEMENTS ET ORDONNANCES

*Jugement sommaire*

Condition relative au moment — La défenderesse/demanderesse reconventionnelle (Farmers Edge Inc.) a déposé un avis de requête en jugement sommaire pour le rejet de l'action en contrefaçon de brevet intentée par la demanderesse/défenderesse reconventionnelle (Farmobile, LLC) — L'avis de requête a été renvoyé à la Cour en vue d'obtenir des directives quant à son dépôt en vertu de la règle 72 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 parce qu'il était susceptible de ne pas être conforme au paragraphe 213(1) — Le paragraphe 213(1) exige qu'une partie qui présente une requête en jugement sommaire le fasse « avant que les heure, date et lieu de l'instruction soient fixés » (condition relative au moment) — Une date de procès a été fixée dans la présente affaire à trois occasions distinctes — Le procès a été ajourné *sine die* en raison de la pandémie de COVID-19 — La position de Farmers Edge était notamment que la condition relative au moment n'était pas déclenchée puisqu'aucune date de procès n'est actuellement fixée — Farmobile a soutenu que la condition relative au moment était déclenchée puisqu'un procès a été fixé à trois occasions — Elle a soutenu également que la requête en jugement sommaire de Farmers Edge ne devrait pas être autorisée en vertu de la règle 55 des *Règles des Cours fédérales* puisqu'elle ne permettra pas d'économiser des ressources ou de rejeter sa demande — Il s'agissait de savoir si la condition relative au moment s'appliquait — Si la condition relative au moment s'appliquait, il s'agissait de savoir si la Cour devrait accueillir la requête en jugement sommaire en vertu de la règle 55 (en vertu de laquelle la Cour peut modifier une règle ou exempter une partie de l'application des *Règles des Cours fédérales* dans des circonstances spéciales) — Le paragraphe 213(1) énonce qu'« [u]ne partie peut présenter une requête en jugement sommaire ou en procès sommaire à l'égard de toutes ou d'une partie des questions que soulèvent les actes de procédure après le dépôt de la défense du défendeur et avant que les heure, date et lieu de l'instruction soient fixés » — La condition relative au moment, correctement interprétée, empêche Farmers Edge de déposer une requête en jugement sommaire à cette étape-ci, de plein droit, parce qu'une date de procès avait déjà été fixée (à trois occasions) dans le cadre de la procédure — L'exigence imposée à

**PRATIQUE—Fin**

chaque partie pour qu'elles continuent de faire avancer leur cause pour le procès ne disparaît pas ou ne change pas soudainement simplement parce qu'une date de procès est temporairement ajournée *sine die* en raison de circonstances exceptionnelles ou imprévues — On s'attend à ce que les parties se concentrent sur la préparation du procès — La préparation de la preuve pour une requête en jugement sommaire est contraire à l'objectif de la règle 3 de mener à bien le procès aussi rapidement que possible — L'intention du paragraphe 213(1) était d'empêcher une partie de déposer une requête en jugement sommaire, sans la permission de la Cour (règle 55) et après que la date de l'instruction a été fixée, même si elle a été plus tard ajournée — Il était loisible à la Cour en vertu de la règle 55 d'autoriser une requête en jugement sommaire même si une date d'instruction a déjà été fixée — Les facteurs énoncés dans l'affaire *Hoffman-La Roche Limited c. Pfizer Canada Inc.*, 2018 CF 932 ont été pris en considération — Farmers Edge ne s'est pas acquittée de son fardeau de convaincre la Cour qu'il y *aura* des économies de coûts et de temps et des gains en efficacité *importants* si elle autorise l'instruction de sa requête — Même si la requête est accueillie, elle ne permettra pas le règlement complet de chaque question du litige — Farmobile subira des préjudices si l'instruction de la requête en jugement sommaire est autorisée — Farmers Edge n'a pas présenté sa requête en jugement sommaire en temps utile — La demande de Farmers Edge pour instruire une requête en jugement sommaire a été rejetée.

FARMOBILE, LLC C. FARMERS EDGE INC. (T-449-17, 2020 CF 688, Kathleen M. Ring, juge responsable de la gestion de l'instance, motifs de l'ordonnance en date du 15 juin 2020, 13 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<sup>e</sup> étage  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3