



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2021, Vol. 4, Part 1**

**2021, Vol. 4, 1<sup>er</sup> fascicule**

Cited as [2021] 4 F.C.R.,  $\left\{ \begin{array}{l} 3-254 \\ D-1-D-7 \end{array} \right.$

Renvoi [2021] 4 R.C.F.,  $\left\{ \begin{array}{l} 3-254 \\ F-1-F-9 \end{array} \right.$

---

## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

SUZANNE THIBAUDEAU, K.C./c.r.

LORNE WALDMAN, C.M., 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

NATHAN GAGNIER

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.

© His Majesty the King in Right of Canada, 2023.

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

NATHAN GAGNIER

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 le Roi du Chef du Canada, 2023.

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'arrétiste 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 . . . . .	3–254
Digests. . . . .	D-1–D-7

### **Canada (Attorney General) v. Ennis (F.C.A.) . . . . . 3**

Human Rights — Appeal from Federal Court judgment setting aside Canadian Human Rights Commission screening decision concluding that inquiry into discrimination complaint of Mr. Ennis (respondent) not warranted in accordance with *Canadian Human Rights Act* (Act), s. 44(3)(b)(i) — Commission reaching decision following receipt of assessor's report recommending that Commission reach opposite conclusion — Respondent member of Tobique First Nation (TFN) in Nova Scotia — In complaint, respondent alleged he suffered from two mental health disorders, had been subject to discrimination by Indian and Northern Affairs Canada or its predecessors (collectively termed INAC), by TFN by reason of failure to provide him for over ten years with adequate on-reserve housing — This allegedly forced respondent to live in sub-standard housing, both on, off reserve — Commission determined that while INAC's funding decisions, role in oversight of housing on reserves amenable to review under Act, ss. 5, 6, insufficient evidence existing to warrant further inquiry into respondent's complaint — Whether Federal Court properly applied appropriate standards of review — Whether procedurally unfair for Commission to have not given respondent advance notice that it intended to reach different conclusion from that reached by assessor — In instant case, Federal Court selected appropriate standards of review, namely, reasonableness for review of merits of Commission's decision, correctness for review of procedural fairness issues — However, Federal Court erred in application of those standards — Regarding merits of Commission's decision, while recognizing that applicable standard that of reasonableness, Court actually engaging in correctness review — Under reasonableness standard, reviewing court not to ask what decision it would have made — Rather than proceeding in this fashion, Federal Court instead asked itself how it would have

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Appels notés . . . . .	I
Jugements . . . . .	3–254
Fiches analytiques. . . . .	F-1–F-9

### **Canada (Procureur général) c. Ennis (C.A.F.) . . . . . 3**

Droits de la personne — Appel d'un jugement dans lequel la Cour fédérale a infirmé une décision rendue à l'issue d'un examen préalable par la Commission canadienne des droits de la personne, qui a conclu, en application de l'art. 44(3)(b)(i) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la Loi), qu'il n'était pas justifié de mener une enquête sur la plainte de discrimination déposée par M. Ennis (l'intimé) — La Commission a rendu cette décision après avoir reçu le rapport rédigé par une évaluatrice, dans lequel elle a recommandé que la Commission tire la conclusion inverse — L'intimé est un membre de la Première Nation de Tobique (la PNT) en Nouvelle-Écosse — Dans sa plainte, l'intimé a allégué qu'il souffrait de deux troubles mentaux et qu'il avait été victime de discrimination de la part du ministère des Affaires autochtones et du Nord Canada ou de ses prédécesseurs (nommés collectivement AANC) et de la PNT qui, pendant plus de dix ans, ne lui avaient pas fourni un logement convenable dans la réserve — Par conséquent, il a allégué qu'il avait été contraint de vivre dans un logement insalubre dans la réserve et hors réserve — La Commission a conclu que, bien que les décisions de financement d'AANC et le rôle joué dans la supervision des logements dans les réserves soient susceptibles de contrôle en application des art. 5 et 6 de la Loi, il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour justifier une enquête plus approfondie de la plainte de l'intimé — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a appliqué correctement les normes de contrôle applicables et s'il était inéquitable sur le plan procédural que la Commission n'ait pas fourni à l'intimé un préavis indiquant qu'elle prévoyait tirer une autre conclusion que celle formulée par l'évaluatrice — En l'espèce, la Cour fédérale a choisi les normes de contrôle applicables, à savoir la norme de la décision raisonnable pour contrôler le fond de la décision de la Commission

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

ruled on whether there was sufficient evidence to send complaint to Tribunal for further inquiry — Such approach erroneous — Not for Federal Court (or Federal Court of Appeal) to question whether there was sufficient evidence before Commission to warrant referral of respondent's complaint to Tribunal for inquiry — Commission not bound by recommendations made by investigator — So long as investigation is sufficiently thorough, has examined critical evidence, Commission not required to return file for further investigation if Commission concluding that factual basis put forward by parties, investigator providing insufficient grounds to justify further inquiry, even where additional evidence might be uncovered if further inquiry undertaken — In this case, reasonable for Commission to have determined that there was insufficient evidence to support inquiry — Such conclusion open to it based on facts, applicable law — Federal Court thus erring in concluding that Commission's decision unreasonable — With respect to procedural fairness, no merit in Federal Court's position that it was procedurally unfair for Commission to have not given respondent advance notice that it intended to reach different conclusion from that reached by assessor — Litigant not entitled to advance notice of likely adverse ruling nor to opportunity to provide submissions based on draft decision — All requirements of procedural fairness met in present case — Moreover, respondent put on notice that Commission, not assessor, would rule on whether complaint to be referred to Tribunal — Procedural fairness not denied here — Appeal allowed.

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Federal Court setting aside Canadian Human Rights Commission screening decision concluding that

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

et la norme de contrôle de la décision correcte pour examiner les questions d'équité procédurale — Toutefois, la Cour fédérale a commis une erreur à l'étape de l'application de ces normes — En ce qui concerne le bien-fondé de la décision de la Commission, tout en reconnaissant que la norme de contrôle qui s'appliquait était celle de la décision raisonnable, la Cour a en fait appliqué la norme de la décision correcte — Une cour de justice qui applique la norme de contrôle de la décision raisonnable ne se demande pas quelle décision elle aurait rendue — Au lieu de procéder de cette façon, la Cour fédérale s'est demandé comment elle se serait prononcée sur la question de savoir si les éléments de preuve étaient suffisants pour renvoyer la plainte au Tribunal afin qu'il mène une enquête plus approfondie — Cette démarche était erronée — Ce n'est pas le rôle de la Cour fédérale (ou de la Cour d'appel fédérale) de se demander si la Commission disposait d'une preuve suffisante pour justifier le renvoi de la plainte de l'intimé au Tribunal aux fins d'enquête — La Commission n'est pas liée par les recommandations formulées par un enquêteur — Tant que l'enquête est suffisamment approfondie et qu'elle a permis d'examiner les éléments de preuve cruciaux, la Commission n'est pas tenue de renvoyer un dossier aux fins d'enquête plus approfondie si elle conclut que le fondement factuel présenté par les parties et l'enquêteur ne fournit pas des motifs suffisants pour justifier une enquête plus approfondie, même si la réalisation d'une telle enquête peut permettre de révéler des éléments de preuve supplémentaires — En l'espèce, il était raisonnable que la Commission établisse qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour justifier une enquête — À la lumière des faits et du droit applicable, il était loisible à la Commission de tirer une telle conclusion — La Cour fédérale a donc commis une erreur en concluant que la décision de la Commission était déraisonnable — En ce qui concerne l'équité procédurale, il n'y avait aucun fondement à la thèse de la Cour fédérale selon laquelle il était inéquitable sur le plan procédural que la Commission n'ait pas fourni à l'intimé un préavis indiquant qu'elle prévoyait tirer une autre conclusion que celle formulée par l'évaluatrice — Un plaideur n'a droit à aucun préavis à une décision probablement défavorable ou à aucune possibilité de présenter des observations au sujet d'un projet de décision — Toutes les exigences relatives à l'équité procédurale ont été remplies en l'espèce — En outre, l'intimé a été avisé que c'est la Commission et non l'évaluatrice qui déterminerait si sa plainte devait être renvoyée au Tribunal — Il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale dans la présente instance — Appel accueilli.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — La Cour fédérale a infirmé une décision rendue par la Commission canadienne des droits de la personne, qui

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

inquiry into discrimination complaint of Mr. Ennis (respondent) not warranted in accordance with *Canadian Human Rights Act* (Act), s. 44(3)(b)(i) — Commission reaching decision following receipt of assessor's report recommending that Commission reach opposite conclusion — Whether Federal Court selected appropriate standards of review; if so, whether it applied such standards correctly — Federal Court selected appropriate standards of review, namely, reasonableness for review of merits of Commission's decision, correctness for review of procedural fairness issues — However, it erred in application of those standards — Regarding Federal Court's review of merits of Commission's decision under reasonableness standard, requisite inquiry involved asking whether decision maker's decision was reasonable one — Rather than proceeding in this fashion, Federal Court actually engaging in correctness review, instead asking itself how it would have ruled on whether there was sufficient evidence to send complaint to Tribunal for further inquiry — Such approach erroneous — With respect to procedural fairness, no merit in Federal Court's position that it was procedurally unfair for Commission to have not given respondent advance notice that it intended to reach different conclusion from that reached by assessor.

Aboriginal Peoples — Federal Court setting aside Canadian Human Rights Commission screening decision concluding that inquiry into discrimination complaint of Mr. Ennis (respondent) not warranted in accordance with *Canadian Human Rights Act* (Act), s. 44(3)(b)(i) — Commission reaching decision following receipt of assessor's report recommending that Commission reach opposite conclusion — Respondent member of Tobique First Nation (TFN) in Nova Scotia — In complaint, respondent alleged he suffered from two mental health disorders, had been subject to discrimination by Indian and Northern Affairs Canada or its predecessors (collectively termed INAC), by TFN by reason of failure to provide him for over ten years with adequate on-reserve housing — This allegedly forced respondent to live in sub-standard housing, both on, off reserve — Respondent further claimed that such failure in large part result of 20-year period during which TFN's affairs subject to third-party management — Respondent also alleged systemic discrimination more generally, claiming that INAC policies, especially those regarding third-party

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

a conclu, en application de l'art. 44(3)b(i) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la Loi), qu'il n'était pas justifié de mener une enquête sur la plainte de discrimination déposée par M. Ennis (l'intimé) — La Commission a rendu cette décision après avoir reçu le rapport rédigé par une évaluatrice, dans lequel elle a recommandé que la Commission tire la conclusion inverse — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a choisi les normes de contrôle applicables et, dans l'affirmative, si elle a appliqué correctement ces normes de contrôle — La Cour fédérale a choisi les normes de contrôle applicables, à savoir la norme de la décision raisonnable pour contrôler le fond de la décision de la Commission et la norme de contrôle de la décision correcte, pour examiner les questions d'équité procédurale — Toutefois, elle a commis une erreur à l'étape de l'application de ces normes — En ce qui concerne le contrôle par la Cour fédérale du bien-fondé de la décision de la Commission sur le fondement de la norme de la décision raisonnable, l'analyse requise supposait qu'on se demande si la décision du décideur était raisonnable — Au lieu de procéder de cette façon, la Cour fédérale a en fait appliqué la norme de la décision correcte et s'est demandé comment elle se serait prononcée sur la question de savoir si les éléments de preuve étaient suffisants pour renvoyer la plainte au Tribunal afin qu'il mène une enquête plus approfondie — Cette démarche était erronée — En ce qui concerne l'équité procédurale, il n'y avait aucun fondement à la thèse de la Cour fédérale selon laquelle il était inéquitable sur le plan procédural que la Commission n'ait pas fourni à l'intimé un préavis indiquant qu'elle prévoyait tirer une autre conclusion que celle formulée par l'évaluatrice.

Peuples autochtones — La Cour fédérale a infirmé une décision rendue par la Commission canadienne des droits de la personne, qui a conclu, en application de l'art. 44(3)b(i) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la Loi), qu'il n'était pas justifié de mener une enquête sur la plainte de discrimination déposée par M. Ennis (l'intimé) — La Commission a rendu cette décision après avoir reçu le rapport rédigé par une évaluatrice, dans lequel elle a recommandé que la Commission tire la conclusion inverse — L'intimé est un membre de la Première Nation de Tobique (la PNT) en Nouvelle-Écosse — Dans sa plainte, l'intimé a allégué qu'il souffrait de deux troubles mentaux et qu'il avait été victime de discrimination de la part du ministère des Affaires autochtones et du Nord Canada ou de ses prédécesseurs (nommés collectivement AANC) et de la PNT qui, pendant plus de dix ans, ne lui avaient pas fourni un logement convenable dans la réserve — Par conséquent, il a allégué qu'il avait été contraint de vivre dans un logement insalubre dans la réserve et hors réserve — L'intimé a soutenu par ailleurs qu'un tel manquement

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

management, resulted in differential adverse treatment of indigenous people generally, particularly with respect to housing — Commission dismissed complaint, determined that while INAC's funding decisions, role in oversight of housing on reserves amenable to review under Act, ss. 5, 6, insufficient evidence existing to warrant further inquiry into respondent's complaint — Federal Court setting aside that decision — Federal Court substituted its own analysis for that of Commission, thus failing to accord appropriate deference to latter's decision — Federal Court also incorrectly found that Commission violated respondent's procedural fairness rights by not providing him advance notice of its intended determination — Appeal allowed, judicial review of Commission's decision dismissed.

### **Canadian Security Intelligence Service Act (CA) (Re) (F.C.A.) ..... 41**

Security Intelligence — Appeal from Federal Court decision concluding that Canadian Security Intelligence Service (Service) breached duty of candour owed to Court in context of *ex parte* warrant application — Service seeking to obtain information with respect to threat posed by Canadians travelling to fight for Islamist groups — Paying individual known to be facilitating or carrying out terrorism — Bringing warrant application before Federal Court under *Canadian Security Intelligence Service Act* (Act), ss. 12, 21 — Testifying that aware those payments possibly illegal — Legal issues raised by warrant application including whether Service having duty to disclose possible contravention to Federal Court in context of warrant applications, source of that duty — Counsel for Attorney General conceding breach of duty of candour having occurred in three files — Federal Court finding Service breached duty of candour by failing to: (1) disclose that some information obtained using methods violating terrorist financing provisions; (2) seek waiver of solicitor-client privilege that attached to legal advice with respect to legality of collection methods — Attorney General contending that Federal Court erred in finding that counsel for Service having duty to proactively seek waiver of solicitor-client privilege — Whether Federal Court erred in finding that Service breached duty of candour owed to Court — Service not breaching duty of candour owed to Court — No evidence

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

découlait en majeure partie du fait que les affaires de la PNT ont été gérées par un séquestre-administrateur pendant une période de vingt ans — Il a en outre allégué, de manière plus générale, l'existence d'une discrimination systémique, affirmant que les politiques d'AANC, et en particulier celles concernant la gestion par un séquestre-administrateur, ont fait en sorte que les peuples autochtones étaient traités de manière défavorable et différente d'une manière générale et plus précisément en ce qui concerne le logement — La Commission a rejeté la plainte après avoir conclu que, bien que les décisions de financement d'AANC et le rôle joué dans la supervision des logements dans les réserves soient susceptibles de contrôle en application des art. 5 et 6 de la Loi, il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour justifier une enquête plus approfondie de la plainte de l'intimé — La Cour fédérale a infirmé cette décision — La Cour fédérale a substitué son opinion à celle de la Commission et elle n'a donc pas fait preuve de la déférence appropriée à l'égard de la décision rendue par cette dernière — La Cour fédérale a également conclu à tort que la Commission avait violé les droits de l'intimé en matière d'équité procédurale parce qu'elle ne lui avait pas fourni un préavis de la décision qu'elle prévoyait rendre — Appel accueilli, contrôle judiciaire de la décision de la Commission rejeté.

### **Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (CA) (Re) (C.A.F.) ..... 41**

Renseignement de sécurité — Appel interjeté d'une décision dans laquelle la Cour fédérale a statué que le Service canadien du renseignement de sécurité (Service) avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour dans le contexte d'une demande de mandats entendue *ex parte* — Le Service cherchait à obtenir des informations sur la menace que représentent des Canadiens qui se sont déplacés pour combattre dans les rangs de groupes islamistes — Il a versé des paiements à un individu connu pour faciliter ou effectuer des actes de terrorisme — Il a présenté à la Cour fédérale une demande de mandats en vertu des art. 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (Loi) — Il a témoigné qu'il savait que ces paiements pouvaient être illégaux — Les questions juridiques découlant de la demande de mandats consistaient notamment à savoir si le Service avait l'obligation, dans le contexte d'une demande de mandats, de signaler à la Cour fédérale un possible acte illégal et de préciser la source d'une telle obligation — L'avocat du procureur général a reconnu qu'il y avait eu manquement à l'obligation de franchise dans trois dossiers — La Cour fédérale a conclu que le Service avait manqué à son obligation de franchise en omettant : 1) de lui communiquer que certaines des informations avaient été obtenues par des méthodes qui enfreignaient les dispositions sur le financement d'activités terroristes; 2) de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

supporting Federal Court's finding — All material facts disclosed — Legal issues of concern also appropriately flagged — Federal Court prompted to conclude that Service breached its duty of candour because of its failure to recognize issue of illegality, raise it with Court — Federal Court entitled to come to that conclusion with respect to earlier warrant application, but erred in applying same conclusion to warrant application in present case — Federal Court wrong to infer that duty of candour requiring counsel to appear on behalf of Service to seek waiver of solicitor-client privilege prior to appearing before Court — Waiving solicitor-privilege as *quid pro quo* for asking Court to make exceptional ruling, admit illegally-gathered evidence in support of warrant request unjustifiable, dangerous incursion into solicitor-client privilege — Requiring counsel to seek waiver risking disincentive for Service to seek candid legal advice — This antithetical to preservation of rule of law in context of intelligence activities — Solicitor-client privilege subject to few exceptions — Parliament having to abrogate or curtail privilege in clear, precise, unequivocal language — Service not deemed to have voluntarily waived solicitor-client privilege merely by relying upon illegally gathered evidence in support of its warrant application — Damage to rule of law worse if Service routinely required to disclose its legal advice rather than being allowed to rely on privilege — Service must be able to seek frank legal advice — Courts should not peek behind veil of solicitor-client privilege to assess Service's state of mind — Appeal allowed.

Barristers and Solicitors — Solicitor-client privilege — Federal Court concluding that Canadian Security Intelligence

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

demander une renonciation au secret professionnel de l'avocat relativement aux avis juridiques obtenus quant à la légalité des méthodes de collecte — Le procureur général a soutenu que la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que l'avocat du Service était tenu de demander de façon proactive une renonciation au secret professionnel de l'avocat — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a conclu à tort que le Service avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour — Le Service n'a pas manqué à son obligation de franchise envers la Cour — La preuve n'abondait pas dans le sens de la conclusion de la Cour fédérale — Les faits importants ont tous été communiqués — Les questions juridiques préoccupantes ont aussi été dûment signalées — L'omission, par le Service, de reconnaître le problème d'illégalité et de le signaler à la Cour fédérale a mené cette dernière à conclure que le Service avait manqué à son obligation de franchise — La Cour fédérale pouvait en arriver à cette conclusion relativement à une demande antérieure, mais appliquer la même conclusion à la demande dans la présente affaire était une erreur — La Cour fédérale a conclu à tort que l'obligation de franchise exigeait de l'avocat représentant le Service qu'il demande une renonciation au secret professionnel de l'avocat avant de se présenter devant la Cour — La renonciation au secret professionnel de l'avocat comme contrepartie au fait de demander à la Cour de rendre une décision ayant un caractère exceptionnel et d'admettre des éléments de preuve recueillis illégalement en appui à une demande de mandats entraînerait une atteinte injustifiable et dangereuse au secret professionnel de l'avocat — Exiger d'un avocat qu'il demande une renonciation risque de dissuader le Service de demander des avis juridiques francs — Une telle exigence va à l'encontre du maintien de la primauté du droit dans le contexte des activités de renseignement — Le secret professionnel de l'avocat souffre très peu d'exceptions — S'il souhaite supprimer ce privilège ou en atténuer la portée, le législateur doit en exprimer l'intention clairement, précisément et sans équivoque — Le Service n'est pas réputé avoir renoncé volontairement au secret professionnel de l'avocat en raison du simple fait d'avoir utilisé des éléments de preuve recueillis illégalement en appui à sa demande de mandats — Il est plus dommageable, pour la primauté du droit, que le Service soit régulièrement tenu de communiquer les avis juridiques qu'il reçoit plutôt que de pouvoir se prévaloir du secret professionnel de l'avocat — Le Service doit être en mesure de demander un avis juridique franc — Un tribunal ne devrait pas soulever le voile du secret professionnel de l'avocat pour évaluer l'état d'esprit du Service — Appel accueilli.

Avocats — Secret professionnel de l'avocat — La Cour fédérale a statué que le Service canadien du renseignement de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Service (Service) breached duty of candour owed to Court in context of *ex parte* warrant application by failing to seek waiver of solicitor-client privilege that attached to legal advice with respect to legality of collection methods — Federal Court wrong to infer that duty of candour requiring counsel to appear on behalf of Service to seek waiver of solicitor-client privilege prior to appearing before Court — Waiving solicitor-privilege as *quid pro quo* for asking Court to make exceptional ruling, admit illegally-gathered evidence in support of warrant request unjustifiable, dangerous incursion into solicitor-client privilege — Requiring counsel to seek waiver risking disincentive for Service to seek candid legal advice — This antithetical to preservation of rule of law in context of intelligence activities — Solicitor-client privilege subject to few exceptions — Parliament having to abrogate or curtail privilege in clear, precise, unequivocal language — Service not deemed to have voluntarily waived solicitor-client privilege merely by relying upon illegally gathered evidence in support of its warrant application — Damage to rule of law worse if Service routinely required to disclose its legal advice rather than being allowed to rely on privilege — Service must be able to seek frank legal advice — Courts should not peek behind veil of solicitor-client privilege to assess Service's state of mind.

### **Teksavvy Solutions Inc. v. Bell Media Inc.** **(F.C.A.)** ..... 112

Copyright — Appeal from Federal Court interlocutory order in copyright infringement action requiring several Canadian Internet service providers (ISPs), including appellant, to block access to certain websites by their customers — Such practice known as site-blocking order — Defendants accused of copyright infringement in action are two unidentified persons responsible for businesses operating as *goldtv.biz*, *goldtv.ca* (Target Websites), which operate unauthorized subscription services that provide access to programming content over Internet (GoldTV Services) — Aim of Order to impede access to GoldTV Services by named ISPs' customers — Action commenced in 2018 by three respondents (Bell Media Inc., Groupe TVA Inc. and Rogers Media Inc. (plaintiffs)) who are Canadian broadcasters — Plaintiffs filed *ex parte* motion

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

sécurité (Service) avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour dans le contexte d'une demande de mandats entendue *ex parte* en omettant de demander une renonciation au secret professionnel de l'avocat relativement aux avis juridiques obtenus quant à la légalité des méthodes de collecte — La Cour fédérale a conclu à tort que l'obligation de franchise exigeait de l'avocat représentant le Service qu'il demande une renonciation au secret professionnel de l'avocat avant de se présenter devant la Cour — La renonciation au secret professionnel de l'avocat comme contrepartie au fait de demander à la Cour de rendre une décision ayant un caractère exceptionnel et d'admettre des éléments de preuve recueillis illégalement en appui à une demande de mandats entraînerait une atteinte injustifiable et dangereuse au secret professionnel de l'avocat — Exiger d'un avocat qu'il demande une renonciation risque de dissuader le Service de demander des avis juridiques francs — Une telle exigence va à l'encontre du maintien de la primauté du droit dans le contexte des activités de renseignement — Le secret professionnel de l'avocat souffre très peu d'exceptions — S'il souhaite supprimer ce privilège ou en atténuer la portée, le législateur doit en exprimer l'intention clairement, précisément et sans équivoque — Le Service n'est pas réputé avoir renoncé volontairement au secret professionnel de l'avocat en raison du simple fait d'avoir utilisé des éléments de preuve recueillis illégalement en appui à sa demande de mandats — Il est plus dommageable, pour la primauté du droit, que le Service soit régulièrement tenu de communiquer les avis juridiques qu'il reçoit plutôt que de pouvoir se prévaloir du secret professionnel de l'avocat — Le Service doit être en mesure de demander un avis juridique franc — Un tribunal ne devrait pas soulever le voile du secret professionnel de l'avocat pour évaluer l'état d'esprit du Service.

### **Teksavvy Solutions Inc. c. Bell Média Inc.** **(C.A.F.)** ..... 112

Droit d'auteur — Appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance interlocutoire rendue par la Cour fédérale dans une action en violation de droit d'auteur, laquelle ordonnance enjoignait à plusieurs fournisseurs d'accès Internet (FAI) canadiens, notamment l'appelante, de bloquer l'accès de leurs clients à certains sites Web — Ce genre de pratique est connue sous le nom d'ordonnance de blocage de sites — Les défendeurs qui sont accusés de la violation de droit d'auteur dans l'action sont deux personnes non identifiées, responsables d'entreprises faisant affaire sous le nom de *goldtv.biz* et de *goldtv.ca* (les sites visés), qui offrent des services d'abonnement non autorisés donnant accès à des émissions sur Internet (les services de GoldTV) — L'ordonnance était destinée à empêcher les clients des FAI nommés d'avoir accès

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

for interim injunction ordering that GoldTV Services be immediately disabled — Federal Court granted motion, issued interim injunction — Plaintiffs' motion also sought interlocutory injunction, to replace interim injunction, with aim of keeping GoldTV Services disabled until final determination of action on merits — Interlocutory injunction granted — Meanwhile, plaintiffs filed separate motion requesting that ISPs named in motion be ordered to block access by residential wireline Internet service customers to Target Websites — Such motion leading to Order under appeal herein — Appellant opposing such motion — Respondents plaintiffs, defendants in underlying copyright infringement action, as well as ISPs subject to Order — Whether Federal Court had power to grant site-blocking order; if so, whether freedom of expression engaged; whether Order just, equitable — On basis of *Federal Courts Rules*, rr. 4, 44, *Copyright Act*, s. 34(1), given absence of legal obstacles, Federal Court correct in finding having power to grant Order — Nothing in *Copyright Act*, ss. 41.25-41.27 suggesting intention to deny copyright owners benefit of site-blocking order, nothing in such order conflicting with these provisions — No doubt that GoldTV Services infringed plaintiffs' copyright or that interim, interlocutory injunctions against infringers directly not respected — Accordingly, difficult to doubt that remedies contemplated in *Copyright Act*, s. 34(1) worthy of consideration — Thus, possible remedies contemplated in *Copyright Act*, s. 34(1) included site-blocking order — Also, general wording of *Telecommunications Act*, s. 36 not displacing Federal Court's equitable powers of injunction, including power to impose site-blocking order — Regarding freedom of expression under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, not necessary to decide whether Charter engaged herein; whether freedom of expression infringed — In considering issue of freedom of expression in context of particular equitable remedy, not necessary for Judge to engage in detailed Charter rights analysis separate, distinct from balance of convenience analysis that had to be considered — Order just, equitable — Judge's finding that plaintiffs had strong prima facie case sound, no basis to doubt plaintiffs' case for copyright infringement by defendants — As to irreparable harm, Judge's finding entirely appropriate — With respect to balance of convenience, Judge not erring by fettering discretion, distorting his analysis by relying on factors gleaned from series of decisions in U.K. case — Entirely appropriate for Judge to look abroad for inspiration when faced with motion for order that was unprecedented in Canada — Also open to Judge to consider necessity under irreparable harm rather than balance of convenience — Finally, Judge not making palpable, overriding error in considering evidence of plaintiffs' efforts to find

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

aux services de GoldTV — L'action a été intentée en 2018 par trois des intimés (Bell Média Inc., le Groupe TVA Inc. et Rogers Media Inc. (les demandeurs)), qui sont des diffuseurs canadiens — Les demandeurs ont déposé une requête *ex parte* en injonction provisoire ordonnant l'inactivation immédiate des services de GoldTV — Cette requête a été accueillie par la Cour fédérale et l'injonction provisoire a été prononcée — Dans leur requête, les demandeurs sollicitaient aussi une injonction interlocutoire qui remplacerait l'injonction provisoire, dans le but que les services de GoldTV demeurent désactivés jusqu'à ce que l'action soit tranchée définitivement sur le fond — Une injonction interlocutoire a été rendue — Pendant ce temps, les demandeurs ont déposé une requête distincte dans laquelle ils demandaient qu'il soit enjoint aux FAI nommés dans la requête de bloquer l'accès aux sites Web visés pour leurs clients abonnés aux services Internet terrestres résidentiels — C'est cette requête qui a donné lieu à l'ordonnance faisant l'objet du présent appel — L'appelante s'est opposée à la requête — Les intimés sont les demandeurs et les défendeurs dans l'action sous-jacente en violation de droit d'auteur, ainsi que les FAI qui sont assujettis à l'ordonnance — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale avait le pouvoir de rendre une ordonnance de blocage de sites et, le cas échéant, si la liberté d'expression était pertinente, et de savoir si l'ordonnance était juste et équitable — Sur le fondement des règles 4 et 44 des *Règles des Cours fédérales* et de l'art. 34(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* et étant donné l'absence d'obstacles juridiques, la Cour fédérale a conclu à juste titre qu'elle avait le pouvoir d'accorder l'ordonnance — Rien dans les art. 41.25 à 41.27 de la *Loi sur le droit d'auteur* ne révèle l'intention de refuser aux titulaires d'un droit d'auteur l'avantage des ordonnances de blocage de sites, et rien dans ce type d'ordonnance n'est contraire à ces dispositions — Il n'y avait aucun doute que les services de GoldTV ont violé les droits d'auteur des demandeurs ou que les injonctions provisoires et interlocutoires rendues directement contre les personnes ayant violé leurs droits n'ont pas été respectées — Par conséquent, il était difficile de douter que les recours prévus à l'art. 34(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* méritaient d'être pris en considération — Donc, les recours potentiels prévus à l'art. 34(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* incluaient les ordonnances de blocage de sites — De plus, le libellé général de l'art. 36 de la *Loi sur les télécommunications* ne l'emporte pas sur les pouvoirs en equity de la Cour fédérale lui permettant d'accorder des injonctions, y compris le pouvoir de rendre une ordonnance de blocage de sites — En ce qui concerne la liberté d'expression garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*, il n'était pas nécessaire de décider si la Charte jouait et, le cas échéant, s'il y a eu atteinte

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

defendants, by finding such efforts sufficient to justify issuing Order — Appeal dismissed.

Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Freedom of expression — Federal Court granting interlocutory order in copyright infringement action requiring several Canadian Internet service providers (ISPs), including appellant, to block access to certain websites by their customers — Defendants accused of copyright infringement in action are two unidentified persons responsible for businesses operating as goldtv.biz, goldtv.ca, which operate unauthorized subscription services that provide access to programming content over Internet (GoldTV Services) — Aim of Order to impede access to GoldTV Services by named ISPs' customers — Whether freedom of expression engaged herein — Appellant argued that Order in question affecting freedom of expression of ISPs required to block certain websites, of their customers who would otherwise have access to those websites — Appellant's argument that ISPs like appellant engaging in any expressive activity when they provide their customers with access to certain websites rejected — Everyday activities of ISPs not expressive; therefore not engaging freedom of expression — Appellant's customers could have expressive interest implicated by Order — Not necessary herein to decide whether Charter engaged; if so, whether freedom of expression infringed — In considering issue of freedom of

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

à la liberté d'expression — Il n'était pas nécessaire que le juge, lorsqu'il a examiné la question de la liberté d'expression dans le contexte d'un recours précis en equity, procède à une analyse détaillée des droits garantis par la Charte distincte de l'analyse de la prépondérance des inconvénients à laquelle il fallait procéder — L'ordonnance était juste et équitable — La conclusion du juge selon laquelle les demandeurs avaient démontré à première vue l'existence d'une preuve solide était bien fondée, et il n'y avait aucune raison de douter que les demandeurs pouvaient prouver que les défendeurs violaient leur droit d'auteur — En ce qui concerne le préjudice irréparable, la conclusion du juge était tout à fait appropriée — En ce qui concerne la prépondérance des inconvénients, le juge n'a pas commis d'erreur en entravant son pouvoir discrétionnaire et en faussant son analyse en se fondant sur des facteurs tirés d'une série d'arrêts du Royaume-Uni — Il était tout à fait approprié que le juge s'inspire de la jurisprudence étrangère, puisqu'il était saisi d'une requête en ordonnance qui était sans précédent au Canada — Il était aussi loisible au juge d'examiner la nécessité au regard du préjudice irréparable plutôt qu'au regard de la prépondérance des inconvénients — Enfin, le juge n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en examinant les éléments de preuve montrant les efforts des demandeurs pour identifier les défendeurs et en concluant qu'ils étaient suffisants pour justifier que l'ordonnance soit rendue — Appel rejeté.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Liberté d'expression — La Cour fédérale a rendu une ordonnance interlocutoire dans une action en violation de droit d'auteur, laquelle ordonnance enjoignait à plusieurs fournisseurs d'accès Internet (FAI) canadiens, notamment l'appelante, de bloquer l'accès de leurs clients à certains sites Web — Les défendeurs qui sont accusés de la violation de droit d'auteur dans l'action sont deux personnes non identifiées, responsables d'entreprises faisant affaire sous le nom de goldtv.biz et de goldtv.ca, qui offrent des services d'abonnement non autorisés donnant accès à des émissions sur Internet (les services de GoldTV) — L'ordonnance était destinée à empêcher les clients des FAI nommés d'avoir accès aux services de GoldTV — Il s'agissait de savoir si la liberté d'expression était pertinente dans la présente affaire — L'appelante a soutenu que l'ordonnance avait une incidence sur la liberté d'expression des FAI qui sont obligés de bloquer certains sites Web et de leurs clients qui sinon auraient accès à ces sites Web — L'argument de l'appelante selon lequel des FAI comme l'appelante se livrent à une activité expressive lorsqu'ils fournissent à leurs clients l'accès à certains sites Web n'a pas été retenu — Les activités quotidiennes des FAI ne sont pas expressives et, par conséquent, elles ne font pas

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

expression in context of particular equitable remedy, not necessary for Judge to engage in detailed Charter rights analysis separate, distinct from balance of convenience analysis that had to be considered — While Judge’s analysis of freedom of expression issue brief, analysis thereon not inadequate.

Injunctions — Federal Court granting interlocutory order in copyright infringement action requiring several Canadian Internet service providers (ISPs), including appellant, to block access to certain websites by their customers — Defendants accused of copyright infringement in action are two unidentified persons responsible for businesses operating as goldtv.biz, goldtv.ca, which operate unauthorized subscription services that provide access to programming content over Internet (GoldTV Services) — Aim of Order to impede access to GoldTV Services by named ISPs’ customers — Whether order just, equitable — For first prong of analysis on whether to issue injunction in present case, Judge should have considered threshold of strong prima facie case rather than lower threshold of serious issue to be tried — Clear that Judge would have found that this part of test met even at higher threshold since he stated explicitly in decision that evidence disclosed strong prima facie case of copyright infringement by defendants — Judge’s finding that plaintiffs had strong prima facie case was sound; no basis to doubt plaintiffs’ case for copyright infringement by defendants — While Judge referred to findings of irreparable harm by other judges in context of motions for interim, interlocutory injunctions for conclusion irreparable harm shown, no error in doing so in process of indicating his agreement with those findings after considering evidence before him — With respect to balance of convenience, Judge not erring by fettering discretion, distorting his analysis by relying on factors gleaned from series of decisions in U.K. case — Entirely appropriate for Judge to look abroad for inspiration when faced with motion for order that was unprecedented in Canada — Also open to Judge to consider necessity under irreparable harm rather than balance of convenience — Finally, Judge not making palpable, overriding error in considering evidence of plaintiffs’ efforts to find defendants, by finding such efforts sufficient to justify issuing Order.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

jouer la liberté d’expression — L’ordonnance pourrait toucher les intérêts de nature expressive des clients de l’appelante — Il n’était pas nécessaire de décider si la Charte jouait et, le cas échéant, s’il y a eu atteinte à la liberté d’expression — Il n’était pas nécessaire que le juge, lorsqu’il a examiné la question de la liberté d’expression dans le contexte d’un recours précis en equity, procède à une analyse détaillée des droits garantis par la Charte distincte de l’analyse de la prépondérance des inconvénients à laquelle il fallait procéder — Bien qu’elle ait été brève, l’analyse du juge sur la question de la liberté d’expression n’était pas insuffisante.

Injonctions — La Cour fédérale a rendu une ordonnance interlocutoire dans une action en violation de droit d’auteur, laquelle ordonnance enjoignait à plusieurs fournisseurs d’accès Internet (FAI) canadiens, notamment l’appelante, de bloquer l’accès de leurs clients à certains sites Web — Les défendeurs qui sont accusés de la violation de droit d’auteur dans l’action sont deux personnes non identifiées, responsables d’entreprises faisant affaire sous le nom de goldtv.biz et de goldtv.ca, qui offrent des services d’abonnement non autorisés donnant accès à des émissions sur Internet (les services de GoldTV) — L’ordonnance était destinée à empêcher les clients des FAI nommés d’avoir accès aux services de GoldTV — Il s’agissait de savoir si l’ordonnance était juste et équitable — Pour le premier volet de son analyse de la question de savoir s’il y avait lieu de prononcer une injonction dans la présente affaire, le juge aurait dû appliquer le seuil de la forte apparence de droit plutôt que le seuil moins exigeant de la question sérieuse à trancher — De toute évidence, le juge aurait conclu qu’il était satisfait à cette partie du critère même s’il avait appliqué le seuil plus exigeant, étant donné qu’il a déclaré explicitement dans sa décision qu’il existait à première vue une preuve solide qu’il y avait violation du droit d’auteur par les défendeurs — La conclusion du juge selon laquelle les demandeurs avaient démontré à première vue l’existence d’une preuve solide était bien fondée, et il n’y avait aucune raison de douter que les demandeurs pouvaient prouver que les défendeurs violaient leur droit d’auteur — Il est vrai que le juge a renvoyé aux conclusions de préjudice irréparable tirées par d’autres juges dans les requêtes en injonction provisoire et interlocutoire pour conclure que l’existence d’un préjudice irréparable avait été démontrée, mais ce n’était pas une erreur pour le juge d’affirmer souscrire à ces conclusions après avoir examiné les éléments de preuve dont il disposait — En ce qui concerne la prépondérance des inconvénients, le juge n’a pas commis d’erreur en entravant son pouvoir discrétionnaire et en faussant son analyse en se fondant sur des facteurs tirés d’une série d’arrêts du Royaume-Uni — Il était tout à fait approprié que le juge s’inspire de la jurisprudence étrangère,

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Montréal (City) v. Old Port of Montréal Corporation Inc. (F.C.)** ..... 154

Crown — Real Property — Judicial review of annual decisions rendered by respondent between 2014, 2020 determining amount of discretionary, voluntary payments in lieu of property tax (PILTs) owing deemed inadequate, unreasonable by respondent — PILT program balancing tax fairness for municipalities with preservation of Crown’s constitutional immunity from taxation — Payments in lieu of taxes to municipalities on “federal properties” within meaning of *Payments in Lieu of Taxes Act* (PILT Act) made by Crown to municipalities — Respondent sending applicant each year decision providing explanation of amount of PILT, exclusions from concept of “federal property” relied on — Disagreement in present case as to property value, composition of “federal property” within meaning of PILT Act of Old Port of Montréal site — Respondent relying on new exemptions from concept of federal property and claiming some lots situated in deep water, therefore subject to nominal assessment — Respondent also raising exemption based on concept of snow sheds under PILT Act, s. 2(3)(b), Schedule II, item 12, arguing *By-law Concerning Property Taxes on Parking Lots* (Parking Lot By-law) inapplicable to parking areas situated on quays because beyond By-law’s territorial limits — Applicant submitting several exemptions from concept of federal property unreasonably relied upon by respondent — Controversial features of site including quays, Montréal Science Centre, indoor, outdoor parking lots — Whether disputed property constituting federal property within meaning of PILT Act; whether respondent’s parking lots subject to Parking Lot By-Law; whether respondent’s land situated “in deep water”; whether respondent could effect compensation between amount allegedly overpaid in 2013, payments for following years — By using word “park” in PILT Act, s. 2(3)(c) Parliament did not intend to include every site of shared use or activity — Parliament instead referring to natural urban park, developed as such for benefit of community — Not incompatible with use [TRANSLATION] “for educational, recreational and scientific purposes” — No reason for not including certain buildings incidental to park in meaning of word “park” — Park as whole must

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

puisque’il était saisi d’une requête en ordonnance qui était sans précédent au Canada — Il était aussi loisible au juge d’examiner la nécessité au regard du préjudice irréparable plutôt qu’au regard de la prépondérance des inconvénients — Enfin, le juge n’a commis aucune erreur manifeste et dominante en examinant les éléments de preuve montrant les efforts des demandeurs pour identifier les défendeurs et en concluant qu’ils étaient suffisants pour justifier que l’ordonnance soit rendue.

### **Montréal (Ville) c. Société du Vieux-Port de Montréal Inc. (C.F.)** ..... 154

Couronne — Biens immeubles — Contrôle judiciaire de décisions annuelles rendues par la défenderesse prises entre 2014 et 2020 déterminant le montant payable de paiements discrétionnaires et volontaires en remplacement de l’impôt foncier (PERI), jugé inadéquat et déraisonnable par la demanderesse — Le régime PERI concilie l’équité fiscale envers les municipalités et la préservation de l’immunité fiscale constitutionnelle de la Couronne — Des « en-lieu de taxes » sur les « propriétés fédérales » au sens de la *Loi sur les paiements versés en remplacement d’impôts* (LPRI) sont versés par la Couronne aux municipalités — La défenderesse fait parvenir à la demanderesse chaque année une décision dans laquelle elle explique le montant de son PERI et les exclusions de la notion de « propriété fédérale » qu’elle invoque — Il y avait mésentente en l’espèce quant à la valeur effective et à la composition de la « propriété fédérale » au sens de la LPRI du site du Vieux-Port de Montréal — La défenderesse a invoqué, entre autres, de nouvelles exceptions à la notion de propriété fédérale et a soutenu que certains de ses lots étaient situés en eau profonde et devaient donc faire l’objet d’une évaluation nominale — La défenderesse a aussi invoqué une exemption en vertu de la notion d’abri contre la neige en vertu de l’alinéa 2(3)b) et du paragraphe 12 de l’annexe II de la LPRI, en plus de soutenir que le *Règlement concernant la taxe foncière sur les parcs de stationnement* (Règlement sur les stationnements) était inapplicable aux stationnements situés sur ses quais, car ces derniers seraient situés au-delà de la limite territoriale d’application de ce règlement — La demanderesse a soutenu que plusieurs des exemptions de la notion de propriété fédérale ont été déraisonnablement invoquées par la défenderesse — Les principaux éléments controversés du site incluent des quais, le Centre des sciences de Montréal, et des stationnements intérieurs et extérieurs — Il s’agissait de déterminer si les biens visés par le présent litige constituent des propriétés fédérales au sens de la LPRI; si les stationnements de la défenderesse sont assujettis au Règlement sur les stationnements; si les terrains de la défenderesse sont situés « en eau profonde »; et si la défenderesse pouvait opérer compensation d’un montant qu’elle a prétendument trop payé

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

be considered as well as how park, building relate to each other — Old Port site crossed threshold to become entertainment venue destination, therefore not constituting park within meaning of PILT Act — Neither buildings nor parking lots characterized as parks as per s. 2(3)(c) — PILT Act making no distinction, at s. 2(3)(a), between underlying land, surface — Commercial use to which federal property put not relevant under PILT Act — Parkades, indoor parking lots included in s. 2(3)(a)(i), concept of federal property — Not all buildings with roof on Old Port site snow shelters under PILT Act — Not what Parliament intended when including term “snow shed” in PILT Act, Schedule II, item 12 — Items in PILT Act, Schedule II mentioning several things sharing common characteristics — Respondent engaged in questionable mental gymnastics, unreasonably attempting to slot parkades, indoor parking lots into exceptions to concept of federal property, thereby disregarding purpose of PILT Act — Automatically excluding federal highway from PILT base simply because providing access to private property contrary to intent of PILT Act, text of s. 2(3)(g) — Respondent respected neither principles of statutory interpretation applicable to PILT Act nor intent of Parliament — Respondent unreasonably exercised discretionary power to make PILTs — Unreasonable for respondent to conclude that if parking areas belonged to private owner and were taxable, tax rate applicable excluded tax imposed by Parking Lot By-law — PILT Act, s. 3 allowing for payments in lieu of any taxes applicable within areas in which federal properties at issue situated — Parking Lot By-law must be taken into account when respondent exercising discretion in calculating annual PILT — For PILT purposes, no reason to treat Old Port site differently just because built with fill up to certain point in St. Lawrence River — Quays permanently fixed to dry land, cannot be removed, site of important immovables — Unreasonable, contrary to spirit of fairness in PILT Act to assess land at issue as deep-water lots of nominal value — Respondent cannot rely on *Interim Payments and Recovery of Overpayments Regulations*, s. 4, as source of entitlement to recover alleged overpayment of 2013 — Respondent’s decision to make no PILT with respect to “land” covered by right-of-way for railway tracks, rail yard unreasonable — Annual decisions rendered by respondent determining amount of PILT owing set aside, matter remitted to respondent for redetermination — Application allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

en 2013 pour les années subséquentes — En utilisant le mot « parc » à l’alinéa 2(3)c) de la LPRI, le législateur ne souhaitait pas y inclure tous les lieux d’utilisation ou d’activités communes — Le législateur désigne plutôt un parc urbain naturel, aménagé comme tel au bénéfice de la communauté — Il n’y a pas incompatibilité avec une utilisation « à des fins éducatives, récréatives et scientifiques » — Cette qualité ne s’oppose pas à ce que certains bâtiments accessoires à un parc puissent eux-mêmes être compris dans le sens du mot « parc » — Il faut regarder l’ensemble du parc et la relation entre le parc et le bâtiment — Le site du Vieux-Port a franchi le seuil d’une destination de divertissement, et ne constitue donc pas un parc au sens de la LPRI — Ni les bâtiments ni les stationnements ne tombent sous la qualification de parc telle qu’elle figure à l’alinéa 2(3)c) — La LPRI ne fait aucune distinction, à l’alinéa 2(3)a), entre la surface et le terrain sous-jacent — La LPRI ne concerne pas l’utilisation commerciale qui est faite de la propriété fédérale — Les stationnements intérieurs et à étages sont visés par le sous-alinéa 2(3)a)(i) et inclus dans la notion de propriété fédérale — Ce ne sont pas tous les bâtiments sur le site du Vieux-Port dotés d’un toit qui seraient des abris contre la neige au sens de la LPRI — Ce n’est pas ce que le législateur a voulu dire en incluant l’expression « abri contre la neige » au paragraphe 12 de l’annexe II de la LPRI — Lorsqu’un paragraphe de l’annexe II énonce plusieurs choses, celles-ci comportent des caractéristiques communes — La défenderesse s’est livrée à une périlleuse gymnastique intellectuelle pour essayer de rattacher d’une façon déraisonnable les stationnements intérieurs ou étagés à l’une des exceptions de la notion de propriété fédérale, et a fait abstraction de l’objet de la LPRI — L’exclusion automatique d’une voie fédérale de l’assiette des PERI du simple fait qu’elle donne aussi accès à des propriétés privées est contraire à l’esprit de la LPRI et au texte de l’alinéa 2(3)g) — La défenderesse n’a pas respecté les principes d’interprétation du texte de la LPRI et l’intention du législateur — L’exercice qu’elle a fait de son pouvoir discrétionnaire de verser des PERI était déraisonnable — Il n’était pas raisonnable de la part de la défenderesse de conclure que si les stationnements appartenaient à un propriétaire privé et étaient taxables, le taux de taxation applicable à ces lieux exclurait la taxe imposée par le Règlement sur les stationnements — L’article 3 de la LPRI permet les PERI pour toutes taxes applicables sur les lieux où se situent les propriétés fédérales en question — Le Règlement sur les stationnements doit être pris en considération lorsque la défenderesse exerce son pouvoir discrétionnaire en matière de calcul du PERI annuel — Aux fins des PERI, il n’y a aucune raison de traiter différemment le site du Vieux-Port simplement parce qu’il a été construit avec du remblai jusqu’à un certain point dans le fleuve Saint-Laurent — Les quais sont

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Construction of Statutes — Applicant challenging annual decisions rendered by respondent between 2014, 2020 determining amount of discretionary, voluntary payments in lieu of property tax (PILTs) owing — PILT program balancing tax fairness for municipalities with preservation of Crown’s constitutional immunity from taxation — Payments in lieu of taxes to municipalities on “federal properties” within meaning of *Payments in Lieu of Taxes Act* (PILT Act) made by Crown to municipalities — Disagreement as to property value, composition of “federal property” within meaning of PILT Act of Old Port of Montréal site — Parties arguing in favour of different interpretive methods — Therefore necessary to set out appropriate method — Principle of interpreting taxation statutes in favour of “taxpayer” not applicable in present case — Approach chosen to meet objective of PILT Act not at all in nature of a tax — Parties, in context of PILT Act, on equal footing — Resulting decisions should not distort language chosen by Parliament — Modern approach to statutory interpretation appropriate framework for considering exemptions claimed by respondent.

## SOMMAIRE (Fin)

attachés de façon permanente à la terre ferme, sont inamovibles et abritent des bâtiments importants — Il serait déraisonnable et contraire à l’équité de la LPRI d’évaluer les terrains en cause comme des lots en eau profonde avec une évaluation minimale — L’article 4 du *Règlement sur les versements provisoires et les recouvrements* ne permet pas à la défenderesse de se prévaloir d’un quelconque droit à un recouvrement du prétendu trop payé de 2013 — Il était déraisonnable pour la défenderesse de ne payer aucun montant à titre de PERI à l’égard des « terrains » formant l’emprise de la voie ferrée et de la cour de triage ferroviaire — Les décisions annuelles rendues par la défenderesse déterminant le montant payable de PERI ont été annulées et la présente affaire a été renvoyée à la défenderesse pour nouvelle détermination — Demande accueillie.

Interprétation des lois — La demanderesse contestait des décisions annuelles rendues par la défenderesse prises entre 2014 et 2020 déterminant le montant payable de paiements discrétionnaires et volontaires en remplacement de l’impôt foncier (PERI) — Le régime PERI concilie l’équité fiscale envers les municipalités et la préservation de l’immunité fiscale constitutionnelle de la Couronne — Des « en-lieu de taxes » sur les « propriétés fédérales » au sens de la *Loi sur les paiements versés en remplacement d’impôts* (LPRI) sont versés par la Couronne aux municipalités — Il y avait mésentente en l’espèce quant à la valeur effective et à la composition de la « propriété fédérale » au sens de la LPRI du site du Vieux-Port de Montréal — Les parties ont défendu des méthodes d’interprétation différentes — Il convenait donc d’exposer la méthode applicable — Les principes d’interprétation favorables au « contribuable » propres aux lois de nature fiscale ne s’appliquaient pas en l’espèce — La manière d’atteindre l’objectif de la LPRI n’est pas du tout de nature fiscale — Les parties sont, dans le cadre de l’application de la LPRI, dans une relation fondée sur l’équité — Les décisions découlant de la détermination des PERI ne doivent pas dénaturer les termes utilisés par le législateur — Il convenait de se rapporter à la méthode moderne d’interprétation pour examiner les exemptions revendiquées par la défenderesse.

## APPEALS NOTED

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for leave to appeal*

*Andrews v. Public Service Alliance of Canada*, A-12-22, 2022 FCA 159, de Montigny J.A., judgment dated September 26, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused February 16, 2023.

*Ashraf v. Jazz Aviation*, A-19-21, 2022 FCA 13, Pelletier J.A., judgment dated January 27, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused February 2, 2023.

*Canada v. Jim Shot Both Sides*, A-329-19, 2022 FCA 20, Rennie J.A., judgment dated February 10, 2022, leave to appeal to S.C.C. granted February 2, 2023.

*Faullem v. Canada (Attorney General)*, A-320-19, 2022 FCA 29, Gauthier J.A., judgment dated February 15, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused January 12, 2023.

*Gordillo v. Canada (Attorney General)*, A-290-19, 2022 FCA 23, Laskin J.A., judgment dated February 9, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused January 12, 2023.

*Human Concern International v. Canada*, A-212-21, 2022 FCA 41, Woods J.A., judgment dated March 2, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused February 2, 2023.

*Lukács v. Swoop Inc.*, A-257-20, 2022 FCA 71, Stratas J.A., judgment dated April 27, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused February 16, 2023.

*Nagel v. Canada*, A-90-18, 2022 FCA 51, Monaghan J.A., judgment dated March 28, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused February 2, 2023.

*Sabok Sir v. Canada*, A-59-21, Noël C.J., de Montigny and Stratas J.J.A., order dated February 24, 22, leave to appeal to S.C.C. refused February 9, 2023.

*Vuong v. Canada (Attorney General)*, A-288-20, 2021 FCA 221, Pelletier J.A., judgment dated November 17, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused January 12, 2023.

## APPELS NOTÉS

### COUR SUPRÊME DU CANADA

#### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*Andrews c. Alliance de la fonction publique du Canada*, A-12-22, 2022 CAF 159, le juge de Montigny, J.C.A., jugement en date du 26 septembre 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 16 février 2023.

*Ashraf c. Jazz Aviation*, A-19-21, 2022 CAF 13, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 27 janvier 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 2 février 2023.

*Canada c. Jim Shot Both Sides*, A-329-19, 2022 CAF 20, le juge Rennie, J.C.A., jugement en date du 10 février 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 2 février 2023.

*Faullem c. Canada (Procureur général)*, A-320-19, 2022 CAF 29, la juge Gauthier, J.C.A., jugement en date du 15 février 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 12 janvier 2023.

*Gordillo c. Canada (Procureur général)*, A-290-19, 2022 CAF 23, le juge Laskin, J.C.A., jugement en date du 9 février 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 12 janvier 2023.

*Human Concern International c. Canada*, A-212-21, 2022 CAF 41, la juge Woods, J.C.A., jugement en date du 2 mars 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 2 février 2023.

*Lukács c. Swoop Inc.*, A-257-20, 2022 CAF 71, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 27 avril 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 16 février 2023.

*Nagel c. Canada*, A-90-18, 2022 CAF 51, la juge Monaghan, J.C.A., jugement en date du 28 mars 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 2 février 2023.

*Sabok Sir c. Canada*, A-59-21, le juge en chef Noël, les juges de Montigny et Stratas, J.C.A., ordonnance en date du 24 février 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 février 2023.

*Vuong c. Canada (Procureur général)*, A-288-20, 2021 CAF 221, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 17 novembre 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 12 janvier 2023.

**Federal Courts  
Reports**

**2021, Vol. 4, Part 1**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2021, Vol. 4, 1<sup>er</sup> fascicule**





A-55-20  
2021 FCA 95

A-55-20  
2021 CAF 95

**Attorney General of Canada** (*Appellant*)

**Le procureur général du Canada** (*appelant*)

v.

c.

**John Ennis and Tobique First Nation** (*Respondents*)

**John Ennis et Première Nation de Tobique** (*intimés*)

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. ENNIS**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. ENNIS**

Federal Court of Appeal, Pelletier, Near and Gleason JJ.A—By videoconference, March 17; Ottawa, May 14, 2021.

Cour d’appel fédérale, juges Pelletier, Near et Gleason, J.C.A. — Par vidéoconférence, 17 mars; Ottawa, 14 mai 2021.

*Human Rights — Appeal from Federal Court judgment setting aside Canadian Human Rights Commission screening decision concluding that inquiry into discrimination complaint of Mr. Ennis (respondent) not warranted in accordance with Canadian Human Rights Act (Act), s. 44(3)(b)(i) — Commission reaching decision following receipt of assessor’s report recommending that Commission reach opposite conclusion — Respondent member of Tobique First Nation (TFN) in Nova Scotia — In complaint, respondent alleged he suffered from two mental health disorders, had been subject to discrimination by Indian and Northern Affairs Canada or its predecessors (collectively termed INAC), by TFN by reason of failure to provide him for over ten years with adequate on-reserve housing — This allegedly forced respondent to live in sub-standard housing, both on, off reserve — Commission determined that while INAC’s funding decisions, role in oversight of housing on reserves amenable to review under Act, ss. 5, 6, insufficient evidence existing to warrant further inquiry into respondent’s complaint — Whether Federal Court properly applied appropriate standards of review — Whether procedurally unfair for Commission to have not given respondent advance notice that it intended to reach different conclusion from that reached by assessor — In instant case, Federal Court selected appropriate standards of review, namely, reasonableness for review of merits of Commission’s decision, correctness for review of procedural fairness issues — However, Federal Court erred in application of those standards — Regarding merits of Commission’s decision, while recognizing that applicable standard that of reasonableness, Court actually engaging in correctness review — Under reasonableness standard, reviewing court not to ask what decision it would have made — Rather than proceeding in this fashion, Federal Court instead asked itself how it would have ruled on whether there was sufficient evidence to send complaint to Tribunal for further inquiry — Such approach erroneous — Not for Federal Court (or Federal Court of Appeal) to question*

*Droits de la personne — Appel d’un jugement dans lequel la Cour fédérale a infirmé une décision rendue à l’issue d’un examen préalable par la Commission canadienne des droits de la personne, qui a conclu, en application de l’art. 44(3)b(i) de la Loi canadienne sur les droits de la personne (la Loi), qu’il n’était pas justifié de mener une enquête sur la plainte de discrimination déposée par M. Ennis (l’intimé) — La Commission a rendu cette décision après avoir reçu le rapport rédigé par une évaluatrice, dans lequel elle a recommandé que la Commission tire la conclusion inverse — L’intimé est un membre de la Première Nation de Tobique (la PNT) en Nouvelle-Écosse — Dans sa plainte, l’intimé a allégué qu’il souffrait de deux troubles mentaux et qu’il avait été victime de discrimination de la part du ministère des Affaires autochtones et du Nord Canada ou de ses prédécesseurs (nommés collectivement AANC) et de la PNT qui, pendant plus de dix ans, ne lui avaient pas fourni un logement convenable dans la réserve — Par conséquent, il a allégué qu’il avait été contraint de vivre dans un logement insalubre dans la réserve et hors réserve — La Commission a conclu que, bien que les décisions de financement d’AANC et le rôle joué dans la supervision des logements dans les réserves soient susceptibles de contrôle en application des art. 5 et 6 de la Loi, il n’y avait pas suffisamment d’éléments de preuve pour justifier une enquête plus approfondie de la plainte de l’intimé — Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a appliqué correctement les normes de contrôle applicables et s’il était inéquitable sur le plan procédural que la Commission n’ait pas fourni à l’intimé un préavis indiquant qu’elle prévoyait tirer une autre conclusion que celle formulée par l’évaluatrice — En l’espèce, la Cour fédérale a choisi les normes de contrôle applicables, à savoir la norme de la décision raisonnable pour contrôler le fond de la décision de la Commission et la norme de contrôle de la décision correcte pour examiner les questions d’équité procédurale — Toutefois, la Cour fédérale a commis une erreur à l’étape de l’application de ces normes — En ce qui concerne*

*whether there was sufficient evidence before Commission to warrant referral of respondent's complaint to Tribunal for inquiry — Commission not bound by recommendations made by investigator — So long as investigation is sufficiently thorough, has examined critical evidence, Commission not required to return file for further investigation if Commission concluding that factual basis put forward by parties, investigator providing insufficient grounds to justify further inquiry, even where additional evidence might be uncovered if further inquiry undertaken — In this case, reasonable for Commission to have determined that there was insufficient evidence to support inquiry — Such conclusion open to it based on facts, applicable law — Federal Court thus erring in concluding that Commission's decision unreasonable — With respect to procedural fairness, no merit in Federal Court's position that it was procedurally unfair for Commission to have not given respondent advance notice that it intended to reach different conclusion from that reached by assessor — Litigant not entitled to advance notice of likely adverse ruling nor to opportunity to provide submissions based on draft decision — All requirements of procedural fairness met in present case — Moreover, respondent put on notice that Commission, not assessor, would rule on whether complaint to be referred to Tribunal — Procedural fairness not denied here — Appeal allowed.*

*Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Federal Court setting aside Canadian Human Rights Commission screening decision concluding that inquiry into discrimination complaint of Mr. Ennis (respondent) not warranted in accordance with Canadian Human Rights Act (Act), s. 44(3)(b)(i) — Commission reaching decision following receipt of assessor's report recommending that Commission reach opposite conclusion — Whether Federal Court selected appropriate standards of review; if so, whether it applied such standards correctly — Federal Court selected appropriate*

*le bien-fondé de la décision de la Commission, tout en reconnaissant que la norme de contrôle qui s'appliquait était celle de la décision raisonnable, la Cour a en fait appliqué la norme de la décision correcte — Une cour de justice qui applique la norme de contrôle de la décision raisonnable ne se demande pas quelle décision elle aurait rendue — Au lieu de procéder de cette façon, la Cour fédérale s'est demandé comment elle se serait prononcée sur la question de savoir si les éléments de preuve étaient suffisants pour renvoyer la plainte au Tribunal afin qu'il mène une enquête plus approfondie — Cette démarche était erronée — Ce n'est pas le rôle de la Cour fédérale (ou de la Cour d'appel fédérale) de se demander si la Commission disposait d'une preuve suffisante pour justifier le renvoi de la plainte de l'intimé au Tribunal aux fins d'enquête — La Commission n'est pas liée par les recommandations formulées par un enquêteur — Tant que l'enquête est suffisamment approfondie et qu'elle a permis d'examiner les éléments de preuve cruciaux, la Commission n'est pas tenue de renvoyer un dossier aux fins d'enquête plus approfondie si elle conclut que le fondement factuel présenté par les parties et l'enquêteur ne fournit pas des motifs suffisants pour justifier une enquête plus approfondie, même si la réalisation d'une telle enquête peut permettre de révéler des éléments de preuve supplémentaires — En l'espèce, il était raisonnable que la Commission établisse qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour justifier une enquête — À la lumière des faits et du droit applicable, il était loisible à la Commission de tirer une telle conclusion — La Cour fédérale a donc commis une erreur en concluant que la décision de la Commission était déraisonnable — En ce qui concerne l'équité procédurale, il n'y avait aucun fondement à la thèse de la Cour fédérale selon laquelle il était inéquitable sur le plan procédural que la Commission n'ait pas fourni à l'intimé un préavis indiquant qu'elle prévoyait tirer une autre conclusion que celle formulée par l'évaluatrice — Un plaideur n'a droit à aucun préavis à une décision probablement défavorable ou à aucune possibilité de présenter des observations au sujet d'un projet de décision — Toutes les exigences relatives à l'équité procédurale ont été remplies en l'espèce — En outre, l'intimé a été avisé que c'est la Commission et non l'évaluatrice qui déterminerait si sa plainte devait être renvoyée au Tribunal — Il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale dans la présente instance — Appel accueilli.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — La Cour fédérale a infirmé une décision rendue par la Commission canadienne des droits de la personne, qui a conclu, en application de l'art. 44(3)b(i) de la Loi canadienne sur les droits de la personne (la Loi), qu'il n'était pas justifié de mener une enquête sur la plainte de discrimination déposée par M. Ennis (l'intimé) — La Commission a rendu cette décision après avoir reçu le rapport rédigé par une évaluatrice, dans lequel elle a recommandé que la Commission tire la conclusion inverse — Il s'agissait de savoir si la Cour*

*standards of review, namely, reasonableness for review of merits of Commission's decision, correctness for review of procedural fairness issues — However, it erred in application of those standards — Regarding Federal Court's review of merits of Commission's decision under reasonableness standard, requisite inquiry involved asking whether decision maker's decision was reasonable one — Rather than proceeding in this fashion, Federal Court actually engaging in correctness review, instead asking itself how it would have ruled on whether there was sufficient evidence to send complaint to Tribunal for further inquiry — Such approach erroneous — With respect to procedural fairness, no merit in Federal Court's position that it was procedurally unfair for Commission to have not given respondent advance notice that it intended to reach different conclusion from that reached by assessor:*

*Aboriginal Peoples — Federal Court setting aside Canadian Human Rights Commission screening decision concluding that inquiry into discrimination complaint of Mr. Ennis (respondent) not warranted in accordance with Canadian Human Rights Act (Act), s. 44(3)(b)(i) — Commission reaching decision following receipt of assessor's report recommending that Commission reach opposite conclusion — Respondent member of Tobique First Nation (TFN) in Nova Scotia — In complaint, respondent alleged he suffered from two mental health disorders, had been subject to discrimination by Indian and Northern Affairs Canada or its predecessors (collectively termed INAC), by TFN by reason of failure to provide him for over ten years with adequate on-reserve housing — This allegedly forced respondent to live in sub-standard housing, both on, off reserve — Respondent further claimed that such failure in large part result of 20-year period during which TFN's affairs subject to third-party management — Respondent also alleged systemic discrimination more generally, claiming that INAC policies, especially those regarding third-party management, resulted in differential adverse treatment of indigenous people generally, particularly with respect to housing — Commission dismissed complaint, determined that while INAC's funding decisions, role in oversight of housing on reserves amenable to review under Act, ss. 5, 6, insufficient evidence existing to warrant further inquiry into respondent's complaint — Federal Court setting aside that decision — Federal Court substituted its own analysis for that of Commission, thus failing to accord appropriate deference to latter's decision — Federal Court also incorrectly found that Commission violated respondent's procedural fairness rights by not providing him advance notice of*

*fédérale a choisi les normes de contrôle applicables et, dans l'affirmative, si elle a appliqué correctement ces normes de contrôle — La Cour fédérale a choisi les normes de contrôle applicables, à savoir la norme de la décision raisonnable pour contrôler le fond de la décision de la Commission et la norme de contrôle de la décision correcte, pour examiner les questions d'équité procédurale — Toutefois, elle a commis une erreur à l'étape de l'application de ces normes — En ce qui concerne le contrôle par la Cour fédérale du bien-fondé de la décision de la Commission sur le fondement de la norme de la décision raisonnable, l'analyse requise supposait qu'on se demande si la décision du décideur était raisonnable — Au lieu de procéder de cette façon, la Cour fédérale a en fait appliqué la norme de la décision correcte et s'est demandé comment elle se serait prononcée sur la question de savoir si les éléments de preuve étaient suffisants pour renvoyer la plainte au Tribunal afin qu'il mène une enquête plus approfondie — Cette démarche était erronée — En ce qui concerne l'équité procédurale, il n'y avait aucun fondement à la thèse de la Cour fédérale selon laquelle il était inéquitable sur le plan procédural que la Commission n'ait pas fourni à l'intimé un préavis indiquant qu'elle prévoyait tirer une autre conclusion que celle formulée par l'évaluatrice.*

*Peuples autochtones — La Cour fédérale a infirmé une décision rendue par la Commission canadienne des droits de la personne, qui a conclu, en application de l'art. 44(3)b(i) de la Loi canadienne sur les droits de la personne (la Loi), qu'il n'était pas justifié de mener une enquête sur la plainte de discrimination déposée par M. Ennis (l'intimé) — La Commission a rendu cette décision après avoir reçu le rapport rédigé par une évaluatrice, dans lequel elle a recommandé que la Commission tire la conclusion inverse — L'intimé est un membre de la Première Nation de Tobique (la PNT) en Nouvelle-Écosse — Dans sa plainte, l'intimé a allégué qu'il souffrait de deux troubles mentaux et qu'il avait été victime de discrimination de la part du ministère des Affaires autochtones et du Nord Canada ou de ses prédécesseurs (nommés collectivement AANC) et de la PNT qui, pendant plus de dix ans, ne lui avaient pas fourni un logement convenable dans la réserve — Par conséquent, il a allégué qu'il avait été contraint de vivre dans un logement insalubre dans la réserve et hors réserve — L'intimé a soutenu par ailleurs qu'un tel manquement découlait en majeure partie du fait que les affaires de la PNT ont été gérées par un séquestre-administrateur pendant une période de 20 ans — Il a en outre allégué, de manière plus générale, l'existence d'une discrimination systémique, affirmant que les politiques d'AANC, et en particulier celles concernant la gestion par un séquestre-administrateur, ont fait en sorte que les peuples autochtones étaient traités de manière défavorable et différente d'une manière générale et plus précisément en ce qui concerne le logement — La Commission a rejeté la plainte après avoir conclu que, bien que les décisions de financement d'AANC et le rôle joué dans la supervision des logements dans*

*its intended determination — Appeal allowed, judicial review of Commission's decision dismissed.*

This was an appeal from a Federal Court judgment setting aside a screening decision made by the Canadian Human Rights Commission, which concluded, under subparagraph 44(3)(b)(i) of the *Canadian Human Rights Act* (Act), that an inquiry into the discrimination complaint of Mr. Ennis (respondent) was not warranted. The Commission reached this decision following receipt of a report from an assessor, made under section 44 of the Act, in which the assessor recommended that the Commission reach the opposite conclusion.

The respondent is a member of the Tobique First Nation (TFN) in Nova Scotia. In a complaint authored by his father, the respondent alleged he suffered from two mental health disorders and that he had been subject to discrimination by Indian and Northern Affairs Canada or its predecessors (collectively termed INAC) and by the TFN by reason of the failure to provide him for over ten years with adequate on-reserve housing. As a result, he alleged that he had been forced to live in sub-standard housing, both on and off reserve. The respondent further claimed that such failure was in large part the result of a 20-year period during which the affairs of the TFN were subject to third-party management as, according to him, INAC policy applicable to third-party management prevented allocation of funds to the TFN for construction of housing on the reserve. He further alleged systemic discrimination more generally, claiming that INAC policies, and especially those regarding third-party management, resulted in differential adverse treatment of indigenous people generally and in respect of housing in particular. Following receipt of his complaint, the Commission appointed an assessor to conduct an investigation and make a report to the Commission. After the assessor completed her report recommending that the Commission refer the respondent's complaint to the Tribunal, the Commission provided a copy of it to the parties and invited submissions. The report, itself, contained a warning in its introduction, indicating that it was not a decision of the Commission and that it was the Commission, as opposed to the assessor, which was charged with determining whether an inquiry into the respondent's complaint was warranted. Thereafter, the Commission issued

*les réserves soient susceptibles de contrôle en application des art. 5 et 6 de la Loi, il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour justifier une enquête plus approfondie de la plainte de l'intimé — La Cour fédérale a infirmé cette décision — La Cour fédérale a substitué son opinion à celle de la Commission et elle n'a donc pas fait preuve de la déférence appropriée à l'égard de la décision rendue par cette dernière — La Cour fédérale a également conclu à tort que la Commission avait violé les droits de l'intimé en matière d'équité procédurale parce qu'elle ne lui avait pas fourni un préavis de la décision qu'elle prévoyait rendre — Appel accueilli, contrôle judiciaire de la décision de la Commission rejeté.*

Il s'agissait d'un appel d'un jugement dans lequel la Cour fédérale a infirmé une décision rendue à l'issue d'un examen préalable par la Commission canadienne des droits de la personne, qui a conclu, en application du sous-alinéa 44(3)b(i) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la Loi), qu'il n'était pas justifié de mener une enquête sur la plainte de discrimination déposée par M. Ennis (l'intimé). La Commission a rendu cette décision après avoir reçu le rapport rédigé par une évaluatrice en application de l'article 44 de la Loi, dans lequel elle a recommandé que la Commission tire la conclusion inverse.

L'intimé est un membre de la Première Nation de Tobique (la PNT) en Nouvelle-Écosse. Dans une plainte rédigée par son père, l'intimé a allégué qu'il souffrait de deux troubles mentaux et qu'il avait été victime de discrimination de la part du ministère des Affaires autochtones et du Nord Canada ou de ses prédécesseurs (nommés collectivement AANC) et de la PNT qui, pendant plus de dix ans, ne lui avaient pas fourni un logement convenable dans la réserve. Par conséquent, il a allégué qu'il avait été contraint de vivre dans un logement insalubre dans la réserve et hors réserve. L'intimé a soutenu par ailleurs qu'un tel manquement découlait en majeure partie du fait que les affaires de la PNT ont été gérées par un séquestre-administrateur pendant une période de 20 ans, car, selon lui, les politiques d'AANC qui s'appliquaient à la gestion par un séquestre-administrateur empêchaient l'allocation de fonds à la PNT pour la construction de logements dans la réserve. Il a en outre allégué, de manière plus générale, l'existence d'une discrimination systémique, affirmant que les politiques d'AANC, et en particulier celles concernant la gestion par un séquestre-administrateur, ont fait en sorte que les peuples autochtones étaient traités de manière défavorable et différente d'une manière générale et plus précisément en ce qui concerne le logement. Après avoir reçu sa plainte, la Commission a nommé une évaluatrice afin qu'elle mène une enquête et rédige un rapport à l'intention de la Commission. Après que l'évaluatrice eut terminé son rapport dans lequel elle a recommandé que la Commission renvoie la plainte de l'intimé au Tribunal, la Commission a remis aux parties une copie du rapport et les a invitées à présenter leurs observations

reasons for its decision to dismiss the respondent's complaint. They centred on the determination that, while INAC's funding decisions and role in the oversight of housing on-reserves is amenable to review under sections 5 and 6 of the Act, there was insufficient evidence to warrant further inquiry into the respondent's complaint.

The main issues were whether the Federal Court properly applied the appropriate standards of review; and whether it was procedurally unfair for the Commission to have not given the respondent advance notice that it intended to reach a different conclusion from that reached by the assessor.

*Held*, the appeal should be allowed.

In the instant case, the Federal Court selected the appropriate standards of review—namely, the deferential reasonableness standard for review of the merits of the Commission's decision and no deference, sometimes called correctness review, for review of procedural fairness issues. Where it erred was in its application of those standards.

Turning first to the merits of the Commission's decision, while recognizing that the standard of review applicable to the Commission's decision was reasonableness, the Federal Court actually engaged in correctness review and substituted its opinion for that of the Commission. The requisite inquiry involved asking whether the decision maker's decision was a reasonable one. A court applying the reasonableness standard does not ask what decision it would have made in place of the administrative decision maker. Rather than proceeding in this fashion, the Federal Court instead asked itself how it would have ruled on whether there was sufficient evidence to send the complaint to the Tribunal for further inquiry. The Federal Court described its role as being charged with determining whether the evidence before the Commission was sufficient to warrant inquiry. This approach was erroneous. It is not for the Federal Court (or Federal Court of Appeal) to question whether there was sufficient evidence before the Commission to warrant referral of the respondent's complaint to the Tribunal for inquiry. Under reasonableness review, contrary to the approach taken by the Federal Court, the question for the reviewing court is rather whether the Commission's determination that the evidence was insufficient was a reasonable one that was open to the Commission to have made. In asking itself the wrong question, the Federal Court fell into error. This led to its erroneously

à cet égard. Le rapport lui-même contenait un avertissement dans son introduction qui indiquait qu'il ne s'agissait pas d'une décision de la Commission et que cette dernière, et non l'évaluatrice, était chargée de déterminer si une enquête sur la plainte de l'intimé était justifiée. Par la suite, la Commission a rendu les motifs de sa décision de rejeter la plainte de l'intimé. Ils étaient axés sur la conclusion que, bien que les décisions de financement d'AANC et le rôle joué dans la supervision des logements dans les réserves soient susceptibles de contrôle en application des articles 5 et 6 de la Loi, il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour justifier une enquête plus approfondie de la plainte de l'intimé.

Il s'agissait principalement de savoir si la Cour fédérale a appliqué correctement les normes de contrôle applicables; et s'il était inéquitable sur le plan procédural que la Commission n'ait pas fourni à l'intimé un préavis indiquant qu'elle prévoyait tirer une autre conclusion que celle formulée par l'évaluatrice.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

En l'espèce, la Cour fédérale a choisi les normes de contrôle applicables, à savoir la norme déférente de la décision raisonnable pour contrôler le fond de la décision de la Commission et l'absence de déférence, parfois appelée la norme de contrôle de la décision correcte, pour examiner les questions d'équité procédurale. C'est à l'étape de l'application de ces normes qu'elle a commis une erreur.

En ce qui concerne d'abord le bien-fondé de la décision de la Commission, tout en reconnaissant que la norme de contrôle qui s'applique à la décision de la Commission était celle de la décision raisonnable, la Cour fédérale a en fait appliqué la norme de la décision correcte et a substitué son opinion à celle de la Commission. L'analyse requise supposait qu'on se demande si la décision du décideur était raisonnable. Une cour de justice qui applique la norme de contrôle de la décision raisonnable ne se demande pas quelle décision elle aurait rendue à la place du décideur administratif. Au lieu de procéder de cette façon, la Cour fédérale s'est demandé comment elle se serait prononcée sur la question de savoir si les éléments de preuve étaient suffisants pour renvoyer la plainte au Tribunal afin qu'il mène une enquête plus approfondie. La Cour fédérale a décrit son rôle en indiquant qu'elle était chargée de décider si la preuve dont disposait la Commission était suffisante pour justifier une enquête. Cette démarche était erronée. Ce n'est pas le rôle de la Cour fédérale (ou de la Cour d'appel fédérale) de se demander si la Commission disposait d'une preuve suffisante pour justifier le renvoi de la plainte de l'intimé au Tribunal aux fins d'enquête. Dans le cadre d'un contrôle selon la norme de la décision raisonnable, contrairement à la démarche adoptée par la Cour fédérale, la cour de révision doit plutôt se demander si la décision de la Commission, selon laquelle la preuve n'était

re-evaluating the sufficiency of the evidence that was before the Commission. What the Federal Court instead ought to have done is to have asked itself whether the Commission's decision was one that it reasonably could have made. More specifically, was the Commission's decision untenable in light of the factual and legal constraints bearing on it? In the present case, the relevant statutory language is open-ended, providing minimal constraint on the Commission, which Parliament has charged with determining whether an inquiry into a human rights complaint is warranted. The Commission's screening decisions are deserving of considerable deference. As well, the Commission is not bound by the recommendations made by an investigator. So long as the investigation is sufficiently thorough and has examined the critical evidence, the Commission is not required to return a file for further investigation if the Commission concludes that the factual basis put forward by the parties and the investigator provides insufficient grounds to justify further inquiry, even where additional evidence might be uncovered if a further inquiry were undertaken. To make out a case of discrimination, a complainant must establish a nexus between the disadvantage suffered and one of the prohibited grounds listed in the Act to establish a *prima facie* case of discrimination. It is eminently reasonable for the Commission to decline to refer a matter where, as here, there is no evidence to support a *prima facie* case of discrimination. While the finality of a decision to dismiss a complaint means that the decision has an important impact for the complainant, this factor, in and of itself, does not transform reasonableness review into correctness review. In this case, it was reasonable for the Commission to have determined that there was insufficient evidence to support an inquiry. Such conclusion was open to it based on the facts and applicable law. Furthermore, the Commission's decision was not unreasonable due to the failure to provide adequate reasons since the Commission in fact provided cogent reasons in support of its determination. The Federal Court therefore erred in concluding that the Commission's decision was unreasonable.

There was no merit in the Federal Court's position that it was procedurally unfair for the Commission to have not given the respondent advance notice that it intended to reach a different conclusion from that reached by the assessor. A litigant is not entitled to advance notice of a likely adverse ruling nor to an opportunity to provide submissions based on a draft decision. Rather, in terms of disclosure, procedural fairness

pas suffisante, était une décision raisonnable qu'il était loisible à la Commission de rendre. En se posant la mauvaise question, la Cour fédérale a commis une erreur. Cela l'a conduit à réévaluer à tort le caractère suffisant de la preuve dont disposait la Commission. La Cour fédérale aurait plutôt dû se demander si la décision de la Commission était une décision qu'elle aurait pu raisonnablement rendre. Plus précisément, la décision de la Commission était-elle indéfendable compte tenu des contraintes factuelles et juridiques ayant une incidence sur celle-ci ? En l'espèce, les mots pertinents employés dans les dispositions législatives sont non limitatifs, imposant des contraintes minimales à la Commission à qui le législateur a confié la tâche d'établir si une enquête sur une plainte relative aux droits de la personne est justifiée. Il faut faire preuve d'une grande déférence à l'égard des décisions rendues par la Commission concernant l'examen préalable. De plus, la Commission n'est pas liée par les recommandations formulées par un enquêteur. Tant que l'enquête est suffisamment approfondie et qu'elle a permis d'examiner les éléments de preuve cruciaux, la Commission n'est pas tenue de renvoyer un dossier aux fins d'enquête plus approfondie si la Commission conclut que le fondement factuel présenté par les parties et l'enquêteur ne fournit pas des motifs suffisants pour justifier une enquête plus approfondie, même si la réalisation d'une telle enquête peut permettre de révéler des éléments de preuve supplémentaires. Pour établir une preuve de discrimination, un plaignant doit démontrer un lien entre l'inconvénient subi et l'un des motifs illicites énumérés dans la Loi pour établir une preuve *prima facie* de discrimination. Il est éminemment raisonnable que la Commission refuse de renvoyer une affaire lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, on ne dispose d'aucun élément de preuve permettant d'établir une preuve *prima facie* de discrimination. Bien que le caractère définitif d'une décision de rejeter une plainte signifie que la décision a une incidence importante sur le plaignant, ce facteur, en soi, ne fait pas d'un contrôle selon la norme de la décision raisonnable un contrôle selon la norme de la décision correcte. En l'espèce, il était raisonnable que la Commission établisse qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour justifier une enquête. À la lumière des faits et du droit applicable, il était loisible à la Commission de tirer une telle conclusion. De plus, la décision de la Commission n'était pas déraisonnable du fait de l'omission de fournir des motifs suffisants, car la Commission a en fait fourni des motifs convaincants pour appuyer sa décision. La Cour fédérale a donc commis une erreur en concluant que la décision de la Commission était déraisonnable.

Il n'y avait aucun fondement à la thèse de la Cour fédérale selon laquelle il était inéquitable sur le plan procédural que la Commission n'ait pas fourni à l'intimé un préavis indiquant qu'elle prévoyait tirer une autre conclusion que celle formulée par l'évaluatrice. Un plaideur n'a droit à aucun préavis à une décision probablement défavorable ou à aucune possibilité de présenter des observations au sujet d'un projet de décision.

only normally requires that a decision maker not decide based on undisclosed evidence or base an adverse determination upon a new legal issue without giving the parties the opportunity to make submissions on the point. Neither occurred here. In the context of proceedings before the Commission, procedural fairness dictates that the parties be informed of the substance of the evidence obtained by the investigator and be provided the opportunity to respond to this evidence and make relevant representations. These requirements were met in this case. Moreover, the respondent was put on notice that it was the Commission that would rule on whether his complaint ought to be referred to the Tribunal, and he was afforded the opportunity to make submissions to the Commission. In addition, it is clear from the Commission's reasons that it duly considered the submissions of all parties who made them. Thus, there was no denial of procedural fairness.

Normalement, l'équité procédurale, en ce qui concerne la divulgation, exige seulement qu'un décideur ne rende pas une décision en se fondant sur des éléments de preuve non divulgués ou qu'il ne fonde pas une décision défavorable sur une nouvelle question de droit, sans donner aux parties l'occasion de formuler des observations concernant cette question. En l'espèce, aucune de ces situations ne s'est produite. Dans le contexte d'instances devant la Commission, l'équité procédurale requiert que les parties soient informées de l'essentiel de la preuve qui a été obtenue par l'enquêteur et que les parties aient la possibilité de réagir à cette preuve et de faire toutes les observations s'y rapportant. En l'espèce, ces exigences ont été remplies. En outre, l'intimé a été avisé que c'est la Commission qui déterminerait si sa plainte devait être renvoyée au Tribunal et on lui a donné la possibilité de présenter des observations à la Commission. De plus, il ressort clairement des motifs de la Commission qu'elle a dûment examiné les observations de toutes les parties qui les ont formulées. Ainsi, il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3, 5, 6, 40(1),(2),(3), 41(1), 43, 44.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 318.  
*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210.  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Wang v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2005 FC 654, 272 F.T.R. 208; *Bradley v. Canada (Attorney General)* (1997), 135 F.T.R. 105, 1997 CarswellNat 1327 (F.C.T.D.); *MacLean v. Canada (Human Rights Commission)*, 2003 FC 1459, 243 F.T.R. 219; *Bastide v. Canada Post Corp.*, 2005 FC 1410, [2006] 2 F.C.R. 637, aff'd 2006 FCA 318, 365 N.R. 136, leave to appeal to S.C.C. refused [2007] 1 S.C.R. v; *Canada (Attorney General) v. Davis*, 2010 FCA 134, 403 N.R. 355; *Deschênes v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 1126, 2010 CLLC 230-034.

##### CONSIDERED:

*Bergeron v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 57, 22 Admin. L.R. (6th) 310; *First Nations Child and Family Caring Society of Canada v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 CHRT 2, [2016] 2 C.N.L.R. 270, 83 C.H.R.R. D/207; *Wong v. Canada*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210.  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3, 5, 6, 40(1),(2),(3), 41(1), 43, 44.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 318.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Wang c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2005 CF 654; *Bradley c. Canada (Procureur général)*, [1997] A.C.F. n° 1031 (QL), 1997 CarswellNat 3909 (1<sup>re</sup> inst.); *MacLean c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, 2003 CF 1459; *Bastide c. Société canadienne des postes*, 2005 CF 1410, [2006] 2 R.C.F. 637, conf. par 2006 CAF 318, autorisation d'appel à la C.S.C. refusée [2007] 1 R.C.S. v; *Canada (Procureur général) c. Davis*, 2010 CAF 134; *Deschênes c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 1126.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Bergeron c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 57; *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 TCDP 2; *Wong c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*,



(*Public Works and Government Services*), 2018 FCA 101, 2018 CLLC 230-038; *Ritchie v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 114, 19 Admin. L.R. (6th) 177; *Eguez-Robleh v. Canada (Institutes of Health Research)*, 2019 FC 1079, 2019 CarswellNat 12985; *Lee v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 BCCA 457, 244 D.L.R. (4th) 404, 2004 CLLC 230-036; *Keith v. Canada (Correctional Service)*, 2012 FCA 117, 431 N.R. 121.

REFERRED TO:

*Canada (Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006; *Palonek v. Canada (National Revenue)*, 2007 FCA 281, 368 N.R. 358; *Yu v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 155, 2007 CarswellNat 303; *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364; *Tutty v. Canada (Attorney General)*, 2011 FC 57, 382 F.T.R. 227; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, (1996), 140 D.L.R. (4th) 193; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121; *Attaran v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 37, 380 D.L.R. (4th) 737; *Hood v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 302, 2020 CLLC 230-017; *Harvey v. Via Rail Canada Inc.*, 2020 FCA 95, 2020 CarswellNat 1671; *Jean v. Société Radio-Canada*, 2016 FCA 81, 2016 CarswellNat 12015; *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Treasury Board)*, 2005 FC 1297, [2006] 3 F.C.R. 283; *Anani v. Royal Bank of Canada*, 2020 FC 870, 2020 CarswellNat 4322; *Mulder v. Canada (Attorney General)*, 2020 FC 944, 2020 CarswellNat 4633; *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360; *Stewart v. Elk Valley Coal Corp.*, 2017 SCC 30, [2017] 1 S.C.R. 591; *British Columbia Human Rights Tribunal v. Schrenk*, 2017 SCC 62, [2017] 2 S.C.R. 795; *Canada (Attorney General) v. Johnstone*, 2014 FCA 110, [2015] 2 F.C.R. 595, 459 N.R. 82; *Love v. Canada (Privacy Commissioner)*, 2015 FCA 198, 475 N.R. 390; *Stukanov v. Canada (Attorney General)*, 2021 FC 49, 2021 CarswellNat 345; *Hartjes v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 830, 334 F.T.R. 277; *Edgewater Casino v. Chubb-Kennedy*, 2014 BCSC 416, 21 C.C.E.L. (4th) 314, aff'd 2015 BCCA 9, 69 B.C.L.R. (5th) 214; *May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809; *IWA v. Consolidated Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, (1990), 68 D.L.R. (4th) 524; *Arsenault v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 179, 486 N.R. 268.

2018 CAF 101; *Ritchie c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 114; *Eguez-Robleh c. Canada (Instituts de recherche en santé)*, 2019 CF 1079, 2019 CarswellNat 5076; *Lee v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 BCCA 457, 244 D.L.R. (4th) 404, 2004 CLLC 230-036; *Keith c. Canada (Service correctionnel)*, 2012 CAF 117.

DÉCISIONS CITÉES :

*Canada (Transports, Infrastructure et Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006; *Palonek c. Canada (Revenu national)*, 2007 CAF 281; *Yu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 155, 2007 CarswellNat 5464; *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364; *Tutty c. Canada (Procureur général)*, 2011 CF 57; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121; *Attaran c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 37; *Hood c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 302; *Harvey c. Via Rail Canada Inc.*, 2020 CAF 95, 2020 CarswellNat 4552; *Jean c. Société Radio-Canada*, 2016 CAF 81, 2016 CarswellNat 637; *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada (Conseil du Trésor)*, 2005 CF 1297, [2006] 3 R.C.F. 283; *Anani c. Banque Royale du Canada*, 2020 CF 870, 2020 CarswellNat 4906; *Mulder c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 944, 2020 CarswellNat 5813; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360; *Stewart c. Elk Valley Coal Corp.*, 2017 CSC 30, [2017] 1 R.C.S. 591; *British Columbia Human Rights Tribunal c. Schrenk*, 2017 CSC 62, [2017] 2 R.C.S. 795; *Canada (Procureur général) c. Johnstone*, 2014 CAF 110, [2015] 2 R.C.F. 595; *Love c. Canada (Commissaire à la protection de la vie privée)*, 2015 CAF 198; *Stukanov c. Canada (Procureur général)*, 2021 CF 49, 2021 CarswellNat 345; *Hartjes c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 830; *Edgewater Casino v. Chubb-Kennedy*, 2014 BCSC 416, 21 C.C.E.L. (4th) 314, conf. par 2015 BCCA 9, 69 B.C.L.R. (5th) 214; *May c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809; *SITBA c. Consolidated Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; *Arsenault c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 179.

## AUTHORS CITED

Canada. Parliament. Senate. Standing Committee on Aboriginal Peoples. *On-Reserve Housing and Infrastructure: Recommendations for Change, the Report*, June 2015.

Office of the Auditor General of Canada. *2011 Spring Report and 2011 Status Report of the Auditor General of Canada*, June 2011.

APPEAL from a Federal Court judgment (2020 FC 43) setting aside a Canadian Human Rights Commission screening decision concluding, under subparagraph 44(3)(b)(i) of the *Canadian Human Rights Act*, that an inquiry into the discrimination complaint of Mr. Ennis was not warranted. Appeal allowed.

## APPEARANCES

*Melissa A. Grant* for appellant.  
*David H. Dunsmuir* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Dunsmuir Law*, Fredericton, for respondents.

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

[1] GLEASON J.A.: The appellant appeals from the judgment of the Federal Court in *Ennis v. Canada (Attorney General)*, 2020 FC 43 (*per* Phelan J.) in which the Federal Court set aside a screening decision made by the Canadian Human Rights Commission on August 15, 2018. In that decision the Commission concluded, under subparagraph 44(3)(b)(i) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (the CHRA or the Act), that an inquiry into the discrimination complaint of the respondent, John Ennis, was not warranted. The Commission reached this decision following receipt of a report from an assessor, made under section 44 of the CHRA, in which the assessor recommended that the Commission reach the opposite conclusion.

## DOCTRINE CITÉE

Bureau du vérificateur général du Canada. *Rapport du printemps 2011 et le rapport Le Point 2011 de la vérificatrice générale du Canada*, juin 2011.

Canada. Parlement. Sénat. Comité sénatorial permanent des peuples autochtones. *Le logement et l'infrastructure dans les réserves : Recommandations de changements, le rapport*, juin 2015.

APPEL d'un jugement de la Cour fédérale (2020 CF 43) annulant une décision d'examen de la Commission canadienne des droits de la personne concluant, en vertu du sous-alinéa 44(3)(b)(i) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, qu'une enquête sur la plainte de discrimination de M. Ennis n'était pas justifiée. Appel accueilli.

## ONT COMPARU :

*Melissa A. Grant* pour l'appelant.  
*David H. Dunsmuir* pour les intimés.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*La sous-procureure générale du Canada* pour l'appelant.  
*Dunsmuir Law*, Fredericton, pour les intimés.

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

[1] LA JUGE GLEASON, J.C.A. : L'appelant interjette appel du jugement rendu par la Cour fédérale dans la décision *Ennis c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 43 (le juge Phelan), dans laquelle la Cour fédérale a infirmé une décision rendue à l'issue d'un examen préalable par la Commission canadienne des droits de la personne le 15 août 2018. Dans cette décision, la Commission a conclu, en application du sous-alinéa 44(3)(b)(i) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la LCDP ou la Loi), qu'il n'était pas justifié de mener une enquête sur la plainte de discrimination déposée par l'intimé, John Ennis. La Commission a rendu cette décision après avoir reçu le rapport rédigé par une évaluatrice en application de l'article 44 de la LCDP, dans lequel elle a recommandé que la Commission tire la conclusion inverse.

[2] As is more fully discussed below, recommendations like that made by the assessor in this case do not bind the Commission. Moreover, the Commission's screening determinations are entitled to deference.

[3] In the decision under appeal, the Federal Court substituted its own analysis for that of the Commission and erred in failing to accord appropriate deference to the Commission's decision. The Federal Court also incorrectly found that the Commission had violated Mr. Ennis' procedural fairness rights by not providing him advance notice of its intended determination. The Federal Court's judgment therefore cannot stand, and, for the reasons more fully set out below, I would allow this appeal without costs, set aside the judgment of the Federal Court, and rendering the judgment that it ought to have made, would dismiss Mr. Ennis' application for judicial review, also without costs.

#### I. Background

[4] Some background is necessary to place the issues in this appeal into context.

##### A. *The Statutory Context*

[5] The CHRA applies to Her Majesty in Right of Canada (except in matters respecting the Yukon Government or the governments of the Northwest Territories or Nunavut, where territorial legislation governs human rights) and to persons, organizations and undertakings that are subject to federal jurisdiction in respect of activities that are likewise amenable to federal jurisdiction. Since June 2011, the CHRA has applied to band councils, established under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.

[6] The CHRA prohibits a number of discriminatory practices, including, in sections 5 and 6, discrimination in the provision of residential accommodation on one of the grounds prohibited under the Act. Prohibited grounds of discrimination are listed in section 3 of the CHRA and include race, national or ethnic origin and disability.

[2] Comme nous le verrons plus en détail ci-dessous, en l'espèce, les recommandations de ce type formulées par l'évaluatrice ne lient pas la Commission. En outre, les examens préalables de la Commission commandent la déférence.

[3] Dans la décision faisant l'objet de l'appel, la Cour fédérale a substitué sa propre analyse à celle de la Commission et a commis une erreur en ne faisant pas preuve d'une déférence appropriée à l'égard de la décision de la Commission. La Cour fédérale a également conclu à tort que la Commission avait violé les droits à l'équité procédurale de M. Ennis en ne lui fournissant pas un préavis de la décision qu'elle prévoyait rendre. Le jugement de la Cour fédérale ne peut donc pas être maintenu et, pour les motifs décrits plus en détail ci-dessous, j'accueillerais le présent appel sans dépens, j'annulerais le jugement de la Cour fédérale et, en rendant le jugement qu'elle aurait dû rendre, je rejetterais la demande de contrôle judiciaire de M. Ennis, sans dépens également.

#### I. Contexte

[4] Il s'avère nécessaire de présenter le contexte entourant les questions soulevées dans le présent appel.

##### A. *Le contexte législatif*

[5] La LCDP s'applique à Sa Majesté du chef du Canada (sauf dans les affaires qui concernent le gouvernement du Yukon ou les gouvernements des Territoires du Nord-Ouest ou du Nunavut où les lois territoriales régissent les droits de la personne) et aux personnes, aux organisations et aux entreprises qui relèvent de la compétence fédérale en ce qui concerne les activités qui sont, de même, susceptibles de relever de la compétence fédérale. Depuis juin 2011, la LCDP s'applique aux conseils de bande établis aux termes de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.

[6] La LCDP interdit plusieurs actes discriminatoires, notamment, aux articles 5 et 6, la discrimination dans la fourniture de logements fondée sur l'un des motifs de distinction illicite aux termes de la Loi. Les motifs de distinction illicite sont énumérés à l'article 3 de la LCDP et sont notamment ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique et la déficience.

[7] By virtue of subsections 40(1) and (2) of the CHRA, those to whom the Act extends protection and who believe they have been subjected to discriminatory treatment may file complaints with the Commission. The Commission is also empowered under subsection 40(3) to initiate a complaint itself if it has reasonable grounds for believing that a person has engaged in a prohibited discriminatory practice.

[8] Upon receipt of a complaint, the Commission may decline to deal with it under subsection 41(1) of the CHRA, which provides in relevant part as follows:

**Commission to deal with complaint**

**41 (1)** ... the Commission shall deal with any complaint filed with it unless in respect of that complaint it appears to the Commission that

(a) the alleged victim of the discriminatory practice to which the complaint relates ought to exhaust grievance or review procedures otherwise reasonably available;

(b) the complaint is one that could more appropriately be dealt with, initially or completely, according to a procedure provided for under an Act of Parliament other than this Act;

(c) the complaint is beyond the jurisdiction of the Commission;

(d) the complaint is trivial, frivolous, vexatious or made in bad faith; or

(e) the complaint is based on acts or omissions the last of which occurred more than one year, or such longer period of time as the Commission considers appropriate in the circumstances, before receipt of the complaint.

[9] If the Commission does not dismiss the complaint under these or other provisions of the Act (that are not pertinent to this appeal), the Commission may opt to refer it to an investigator (whom it appears the Commission now calls an “assessor”) for investigation. Section 44 of the CHRA, which is of central relevance to this appeal, deals with investigation reports and sets out in part the Commission’s authority following receipt of a report. It provides in subsections 44(1) to (3) as follows:

[7] Aux termes des paragraphes 40(1) et (2) de la LCDP, les personnes auxquelles la Loi accorde une protection et qui pensent avoir fait l’objet d’un traitement discriminatoire peuvent déposer plainte auprès de la Commission. La Commission est également habilitée, en application du paragraphe 40(3), à déposer plainte elle-même s’il existe des motifs raisonnables de penser qu’une personne a commis un acte discriminatoire illicite.

[8] Lorsqu’elle reçoit une plainte, la Commission peut refuser de statuer sur celle-ci, en application du paragraphe 41(1) de la LCDP, dont les parties pertinentes prévoient ce qui suit :

**Irrecevabilité**

**41 (1)** [...] la Commission statue sur toute plainte dont elle est saisie à moins qu’elle estime celle-ci irrecevable pour un des motifs suivants :

a) la victime présumée de l’acte discriminatoire devrait épuiser d’abord les recours internes ou les procédures d’appel ou de règlement des griefs qui lui sont normalement ouverts;

b) la plainte pourrait avantageusement être instruite, dans un premier temps ou à toutes les étapes, selon des procédures prévues par une autre loi fédérale;

c) la plainte n’est pas de sa compétence;

d) la plainte est frivole, vexatoire ou entachée de mauvaise foi;

e) la plainte a été déposée après l’expiration d’un délai d’un an après le dernier des faits sur lesquels elle est fondée, ou de tout délai supérieur que la Commission estime indiqué dans les circonstances.

[9] Si la Commission ne rejette pas la plainte en application de ces dispositions de la Loi ou d’autres dispositions de celle-ci (qui ne sont pas pertinentes pour le présent appel), elle peut choisir de la renvoyer à un enquêteur (que la Commission semble désormais appeler un « évaluateur ») aux fins d’enquête. L’article 44 de la LCDP, qui est au cœur du présent appel, porte sur les rapports d’enquête et établit en partie le pouvoir conféré

à la Commission après qu'elle a reçu un rapport. Les paragraphes 44(1) à (3) disposent que :

#### Report

**44 (1)** An investigator shall, as soon as possible after the conclusion of an investigation, submit to the Commission a report of the findings of the investigation.

#### Action on receipt of report

**(2)** If, on receipt of a report referred to in subsection (1), the Commission is satisfied

**(a)** that the complainant ought to exhaust grievance or review procedures otherwise reasonably available, or

**(b)** that the complaint could more appropriately be dealt with, initially or completely, by means of a procedure provided for under an Act of Parliament other than this Act,

it shall refer the complainant to the appropriate authority.

#### Idem

**(3)** On receipt of a report referred to in subsection (1), the Commission

**(a)** may request the Chairperson of the Tribunal to institute an inquiry under section 49 into the complaint to which the report relates if the Commission is satisfied

**(i)** that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is warranted, and

**(ii)** that the complaint to which the report relates should not be referred pursuant to subsection (2) or dismissed on any ground mentioned in paragraphs 41(c) to (e); or

**(b)** shall dismiss the complaint to which the report relates if it is satisfied

**(i)** that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is not warranted, or

**(ii)** that the complaint should be dismissed on any ground mentioned in paragraphs 41(c) to (e).

#### Rapport

**44 (1)** L'enquêteur présente son rapport à la Commission le plus tôt possible après la fin de l'enquête.

#### Suite à donner au rapport

**(2)** La Commission renvoie le plaignant à l'autorité compétente dans les cas où, sur réception du rapport, elle est convaincue, selon le cas :

**a)** que le plaignant devrait épuiser les recours internes ou les procédures d'appel ou de règlement des griefs qui lui sont normalement ouverts;

**b)** que la plainte pourrait avantageusement être instruite, dans un premier temps ou à toutes les étapes, selon des procédures prévues par une autre loi fédérale.

#### Idem

**(3)** Sur réception du rapport d'enquête prévu au paragraphe (1), la Commission :

**a)** peut demander au président du Tribunal de désigner, en application de l'article 49, un membre pour instruire la plainte visée par le rapport, si elle est convaincue :

**(i)** d'une part, que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci est justifié,

**(ii)** d'autre part, qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la plainte en application du paragraphe (2) ni de la rejeter aux termes des alinéas 41c) à e);

**b)** rejette la plainte, si elle est convaincue :

**(i)** soit que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci n'est pas justifié,

**(ii)** soit que la plainte doit être rejetée pour l'un des motifs énoncés aux alinéas 41c) à e).

[10] Where the Commission determines that an inquiry into a complaint is warranted, the complaint is referred to the Canadian Human Rights Tribunal, which typically will hold a hearing into the complaint, during which the Commission may (but is not required to) participate as a party. Before the Tribunal, the burden lies on a complainant to establish a *prima facie* case of discrimination, following which the burden shifts to the respondent to make out a defence to the complaint.

[11] No appeal lies from a decision of the Commission to dismiss a complaint; such decisions are instead amenable to judicial review before the Federal Court.

### B. *The Complaint, Report and Decision of the Commission*

[12] With this background in mind, it is necessary to next review the complaint, the assessor's report, the parties' submissions to the Commission and the Commission's decision in this case.

#### (1) The Complaint

[13] Mr. Ennis is a member of the Tobique First Nation (the TFN) in Nova Scotia. In a complaint authored by his father, who represented him in his dealings with the Commission, Mr. Ennis alleged he suffered from two mental health disorders and that he had been subject to discrimination by Indian and Northern Affairs Canada or its predecessors (collectively termed INAC in these reasons) and by the TFN by reason of the failure to provide him for over ten years with adequate on-reserve housing. As a result, he alleged that he had been forced to live in sub-standard housing, both on and off reserve. Mr. Ennis further claimed that such failure was in large part the result of a 20-year period during which the affairs of the TFN were subject to third-party management as, according to him, INAC policy applicable to third-party management prevented allocation of funds to the TFN for construction of housing on the reserve. He further alleged systemic discrimination more generally, claiming that INAC policies, and especially those regarding third-party management, resulted in differential adverse treatment of indigenous people generally and in respect of housing in particular.

[10] Lorsque la Commission juge que l'examen d'une plainte est justifié, la plainte est renvoyée au Tribunal canadien des droits de la personne qui tiendra généralement une audience sur la plainte à laquelle la Commission peut participer (mais n'est pas tenue de le faire) en tant que partie. Devant le Tribunal, il incombe au plaignant d'établir l'existence d'une preuve *prima facie* de discrimination, à la suite de quoi le fardeau de présenter une défense contre la plainte incombe à l'intimé.

[11] La décision de la Commission de rejeter une plainte n'est pas susceptible d'appel. Les décisions de ce type sont plutôt susceptibles de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale.

### B. *La plainte, le rapport et la décision de la Commission*

[12] Dans ce contexte, il est nécessaire d'examiner en l'espèce la plainte, le rapport de l'évaluatrice, les observations formulées par les parties à l'intention de la Commission et la décision de cette dernière.

#### 1) La plainte

[13] M. Ennis est un membre de la Première Nation de Tobique (la PNT) en Nouvelle-Écosse. Dans une plainte rédigée par son père, qui l'a représenté auprès de la Commission, M. Ennis a allégué qu'il souffrait de deux troubles mentaux et qu'il a été victime de discrimination de la part du ministère des Affaires autochtones et du Nord Canada ou de ses prédécesseurs (nommés collectivement AANC dans les présents motifs) et de la PNT qui, pendant plus de dix ans, ne lui ont pas fourni un logement convenable dans la réserve. Par conséquent, il a allégué qu'il avait été contraint de vivre dans un logement insalubre dans la réserve et hors réserve. M. Ennis a soutenu par ailleurs qu'un tel manquement découlait en majeure partie du fait que les affaires de la PNT ont été gérées par un séquestre-administrateur pendant une période de 20 ans, car, selon lui, les politiques d'AANC qui s'appliquaient à la gestion par un séquestre-administrateur empêchaient l'allocation de fonds à la PNT pour la construction de logements dans la réserve. Il a en outre allégué, de manière plus générale, l'existence d'une discrimination systémique, affirmant que les politiques d'AANC, et en particulier celles concernant la gestion

[14] Following receipt of his complaint, on December 12, 2016, the CHRC appointed an assessor under section 43 of the CHRA to conduct an investigation and make a report to the Commission under section 44 of the CHRA. The assessor interviewed Mr. Ennis and his father and received submissions and information from INAC, from representatives of third-party managers and, to a certain extent, from the TFN, although it appears that the assessor encountered difficulties in obtaining details from the TFN. The assessor completed her report on September 20, 2017 and in it recommended that the Commission refer Mr. Ennis' complaint to the Tribunal.

## (2) The Assessor's Report

[15] The assessor commenced her report by setting out the background to the complaint, noting that, while the primary grounds raised in the complaint were race, national and ethnic origin, it appeared that there were “intersectional, adverse impacts on the [respondent] as a result of his disability” (at paragraph 4). The assessor further noted that the TFN had been under various, increasing levels of intervention since 1986, culminating in a period of third-party management between 2007–2017 due to concerns related to default under financial agreements and INAC's concern that funds provided by INAC could be seized by creditors. She also noted that the situation of insufficient and substandard housing on the TFN reserve was longstanding and that “[n]either INAC or TFN acknowledge any responsibility, and both point to the other as being accountable” (at paragraph 6).

[16] In the next section of her report, the assessor posed and answered five questions.

[17] The assessor first asked whether there was information to support the allegations in the complaint.

par un séquestre-administrateur, ont fait en sorte que les peuples autochtones étaient traités de manière défavorable et différente d'une manière générale et plus précisément en ce qui concerne le logement.

[14] Après avoir reçu la plainte de M. Ennis, le 12 décembre 2016, la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP) a nommé une évaluatrice en application de l'article 43 de la LCDP afin qu'elle mène une enquête et rédige un rapport à l'intention de la Commission, en application de l'article 44 de la LCDP. L'évaluatrice a interrogé M. Ennis et son père et a reçu des observations et des renseignements de la part d'AANC, de représentants de séquestres-administrateurs et, dans une certaine mesure, de la PNT, bien qu'il semble que l'évaluatrice ait rencontré des difficultés pour obtenir des détails auprès de cette dernière. Dans son rapport qu'elle a terminé le 20 septembre 2017, elle a recommandé que la Commission renvoie la plainte de M. Ennis au Tribunal.

## 2) Le rapport de l'évaluatrice

[15] L'évaluatrice a commencé son rapport en établissant le contexte de la plainte et a fait remarquer que, bien que les principaux motifs soulevés dans la plainte aient été la race, l'origine nationale et ethnique, il semblait exister [TRADUCTION] « des effets préjudiciables multidimensionnels sur l'[intimé] attribuables à sa déficience » (au paragraphe 4). L'évaluatrice a ensuite fait remarquer que, depuis 1986, il y a eu de plus en plus d'interventions à divers niveaux auprès de la PNT, ce qui a culminé par une période de gestion par un séquestre-administrateur de 2007 à 2017, en raison de préoccupations liées à un manquement à l'égard d'ententes financières et du fait qu'AANC s'inquiétait que les fonds qu'il fournissait pourraient être saisis par des créanciers. Elle a également souligné que la pénurie de logements et l'insalubrité des logements dans la réserve de la PNT ne dataient pas d'hier et que [TRADUCTION] « [n]i AANC ni la PNT ne reconnaissent leur responsabilité, et tous deux désignent l'autre comme étant responsable » (au paragraphe 6).

[16] Dans la section suivante de son rapport, l'évaluatrice a posé cinq questions auxquelles elle a répondu.

[17] L'évaluatrice a d'abord demandé s'il existait des renseignements étayant les éléments allégués dans la

In answering this question, the assessor first set out Mr. Ennis' allegations that the TFN and INAC controlled the availability of housing in the community, that under third-party management INAC denied funds to the TFN for housing and that, as a result, the Mr. Ennis was required to live in sub-standard housing both on and off reserve. The assessor next noted that the parties agreed that, along with a shortage of housing generally, there have been ongoing issues related to mould, radon and overcrowding on the TFN reserve. She further stated that INAC's information indicated that the percentage of houses on the TFN reserve in need of repair significantly exceeded the provincial average.

[18] The assessor next summarized the positions and submissions she said she had received from the TFN and INAC regarding the other bearing responsibility for on-reserve housing. She also set out and summarized the information provided by INAC and the third-party managers, that they alleged demonstrated that funds continued to be made available to the TFN for construction and repair of houses on the TFN reserve during the period of third-party management. She noted, though, that during this period the Band could not access ministerial loan guarantees.

[19] The assessor concluded that it was unclear whether INAC's policies resulted in the lack of housing and what role the TFN had in provision of housing in the community. She went on to state that it "appeared" that INAC's policies and third-party management have had an effect on several of the housing issues faced by the community and that, in any event, as INAC provided most of the funding for the community, "its participation would be needed to fashion any appropriate remedy, if the complaint is substantiated".

[20] In the next section of her report, the assessor asked whether the complaint raised questions of credibility, conflicting evidence, the need for expert evidence or

plainte. Pour répondre à cette question, l'évaluatrice a d'abord présenté les allégations de M. Ennis selon lesquelles la PNT et AANC contrôlaient la disponibilité des logements dans la collectivité, que sous la gestion d'un séquestre-administrateur, AANC a refusé de fournir à la PNT des fonds pour le logement et qu'en conséquence, M. Ennis a été contraint de vivre dans un logement insalubre dans la réserve et hors réserve. L'évaluatrice a ensuite fait observer que les parties ont convenu qu'outre une pénurie de logements de manière générale, il y a eu dans la réserve de la PNT des problèmes continus liés à la moisissure, au radon et au surpeuplement. Elle a par ailleurs affirmé que les renseignements d'AANC indiquaient que le pourcentage de logements nécessitant des réparations, dans la réserve de la PNT, dépassait considérablement le pourcentage moyen dans la province.

[18] L'évaluatrice a ensuite résumé les thèses et les observations qu'elle a affirmé avoir reçues de la PNT et d'AANC quant au fait que tous les deux désignaient l'autre comme étant responsable des logements dans la réserve. Elle a aussi présenté et résumé les renseignements fournis par AANC et les séquestres-administrateurs, selon lesquels ils auraient démontré que des fonds continuaient d'être alloués à la PNT aux fins de construction et de réparations de logements dans la réserve de la PNT pendant la période de gestion par un séquestre-administrateur. Elle a toutefois fait remarquer que, pendant cette période, la bande ne pouvait pas bénéficier de garanties d'emprunt ministérielles.

[19] L'évaluatrice a conclu qu'il était difficile de savoir si les politiques d'AANC étaient à l'origine d'une pénurie de logements et d'établir le rôle que la PNT jouait dans la fourniture des logements dans la collectivité. Elle a ensuite déclaré qu'il [TRADUCTION] « semblait » que les politiques d'AANC et la gestion par un séquestre-administrateur ont eu un effet sur plusieurs des problèmes liés au logement auxquels la collectivité a été confrontée et que, quoi qu'il en soit, AANC ayant fourni la plupart des fonds à la collectivité, [TRADUCTION] « sa participation serait nécessaire pour façonner un recours approprié, si la plainte est fondée ».

[20] Dans la section suivante de son rapport, l'évaluatrice a demandé si la plainte a soulevé des questions de crédibilité ou des contradictions dans les éléments de



other factual issues that could only be resolved by the Tribunal. In this section, the assessor noted her inability to obtain information from the TFN regarding its allegations of lack of funds for housing during the period of third-party management. She also summarized the information received from INAC and representatives of third-party managers, which indicated that funds were available during this period for housing.

[21] The assessor then quoted from a report of one of the third-party managers, which indicated that, prior to third-party management, INAC's funds for capital expenditure had been spent by the Band on other priorities, sometimes with the knowledge of INAC, which led to deficits. The assessor next quoted from a June 2011 report from the Auditor General of Canada [*2011 Spring Report and 2011 Status Report of the Auditor General of Canada*] and from the Standing Senate Committee Aboriginal People's 2015 Report [*On-Reserve Housing and Infrastructure: Recommendations for Change, the Report*, June 2015], which both noted that lack of agreement and clarity around responsibility for housing on-reserves has contributed to continued housing shortages on many reserves.

[22] The assessor concluded as follows in respect of these evidentiary issues:

The complaint raises significant conflicts in the evidence and the need for expert evidence, including how INAC's policies operate and how the band manages its finances. [...] TFN takes the position that it does not have a responsibility to provide housing. INAC takes the position that it has shared responsibility for housing, but it does not – as a general rule – provide funding to First Nations for the construction of new housing. All of this must be situated within the different regime for land ownership on Indian Reserves, which in itself is a creation of the *Indian Act* and government policy. As such, further inquiry by a Tribunal, with the jurisdiction to hear expert witnesses, is warranted.

preuve et s'il fallait entendre des témoignages d'experts ou si d'autres questions de fait ne pouvaient être réglées que par le Tribunal. Dans cette section, l'évaluatrice a souligné qu'elle n'a pas été en mesure d'obtenir des renseignements auprès de la PNT en ce qui concerne ses allégations de manque de fonds alloués pour le logement pendant la période de gestion par un séquestre-administrateur. Elle a aussi résumé les renseignements reçus d'AANC et des représentants de séquestres-administrateurs qui indiquaient que des fonds étaient disponibles pour le logement pendant cette période.

[21] L'évaluatrice a ensuite cité un rapport d'un des séquestres-administrateurs qui indiquait qu'avant la gestion par les séquestres-administrateurs, la bande avait consacré à d'autres priorités les fonds versés par AANC et réservés aux dépenses en immobilisations, parfois au su d'AANC, ce qui a entraîné des déficits. L'évaluatrice a ensuite mentionné un rapport de juin 2011 du Vérificateur général du Canada [*Rapport du printemps 2011 et le rapport Le Point 2011 de la vérificatrice générale du Canada*] et le rapport de 2015 du Comité sénatorial permanent des peuples autochtones [*Le logement et l'infrastructure dans les réserves : Recommandations de changements, le rapport*, juin 2015] qui ont tous les deux relevé que l'absence d'entente et le manque de clarté concernant la responsabilité en matière de logements dans les réserves ont contribué à une pénurie permanente de logements dans de nombreuses réserves.

[22] L'évaluatrice a formulé la conclusion suivante à l'égard de ces questions de preuve :

[TRADUCTION] La plainte soulève d'importantes contradictions dans les éléments de preuve et la nécessité d'entendre des témoignages d'experts, notamment sur la manière dont les politiques d'AANC fonctionnent et sur la façon dont la bande gère ses finances. [...] La PNT soutient qu'elle n'est pas responsable de fournir des logements. AANC soutient qu'il a une responsabilité commune liée aux logements, mais qu'en règle générale, il ne fournit pas des fonds aux Premières Nations en vue de la construction de nouveaux logements. Tout cela doit être examiné dans le contexte d'un régime différent de propriété foncière dans les réserves indiennes qui, en soi, doit son existence à la *Loi sur les Indiens* et à la politique du gouvernement. Une enquête plus approfondie menée par un tribunal qui a compétence pour entendre des témoins experts est donc justifiée.

[23] In the next section of her report, the assessor addressed the public interest in the complaint, noting that, according to submissions previously made by the Commission to the U.N. Committee on the Elimination of Racial Discrimination and on the Rights of Persons with Disabilities, “the intersection of being Indigenous and having a disability creates significant unmet housing needs” (at paragraph 35 of the report). She also noted that the parties had recognized that there was a lack of adequate housing in the TFN community and that many indigenous communities deal with underfunding for housing, overcrowding, mould contamination, access to roads, water, sewage systems and power. She therefore concluded that it was in the public interest to deal with the complaint as soon as possible.

[24] The assessor next considered whether INAC and the TFN had addressed Mr. Ennis’ allegations and noted that INAC had moved the community out of third-party management. However, she went on to state that “[i]t is not clear that INAC has addressed the issue of underfunding for housing in the community”. She also noted that the TFN had recently developed a housing policy that appeared to be transparent and fair but that there are far more families seeking housing than the Band could provide.

[25] Finally, the assessor answered the question as to whether further assessment was warranted and concluded that it was not. She accordingly recommended that the Commission refer the complaint to the Tribunal.

### (3) The Parties’ Submissions in Response to the Report

[26] The Commission provided a copy of the assessor’s report to the parties and invited submissions in respect of it for its consideration. The report, itself, contained a warning in its introduction, indicating that it was not a decision of the Commission and that it was

[23] Dans la section suivante de son rapport, l’évaluatrice a traité de l’intérêt du public à l’égard de la plainte, faisant remarquer que, d’après les observations formulées précédemment par la Commission à l’intention du Comité pour l’élimination de la discrimination raciale des Nations Unies et des droits des personnes handicapées, [TRADUCTION] « l’aspect multidimensionnel que revêt le fait d’être autochtone et d’avoir une déficience crée des besoins importants non comblés en matière de logement » (au paragraphe 35 du rapport). Elle a aussi fait remarquer que les parties avaient reconnu le manque de logements adéquats dans la collectivité de la PNT et que de nombreuses collectivités autochtones font face à un sous-financement pour le logement, à un surpeuplement, à la contamination par la moisissure, ainsi qu’à des problèmes liés à l’accès aux routes, à l’eau, aux égouts et à l’électricité. Elle a donc conclu qu’il y avait un intérêt public à traiter la plainte dès que possible.

[24] L’évaluatrice a ensuite cherché à savoir si AANC et la PNT avaient répondu aux allégations de M. Ennis et elle a fait remarquer qu’AANC avait mis fin à la gestion par un séquestre-administrateur dont la collectivité faisait l’objet. Cependant, elle a ensuite déclaré qu’[TRADUCTION] « [i]l n’est pas évident qu’AANC a réglé la question du sous-financement pour le logement dans la collectivité ». Elle a aussi fait remarquer que la PNT avait récemment élaboré une politique sur le logement qui semblait transparente et équitable, mais le nombre de familles à la recherche d’un logement est bien supérieur au nombre de logements que la bande peut offrir.

[25] Enfin, l’évaluatrice a répondu par la négative à la question de savoir si une évaluation plus approfondie était justifiée. En conséquence, elle a recommandé que la Commission renvoie la plainte au Tribunal.

### 3) Les observations des parties en réponse au rapport

[26] La Commission a remis aux parties une copie du rapport de l’évaluatrice et les a invitées à présenter leurs observations à cet égard afin qu’elle puisse l’examiner. Le rapport lui-même contenait un avertissement dans son introduction qui indiquait qu’il ne s’agissait pas

the Commission, as opposed to the assessor, which was charged with determining whether an inquiry into the respondent's complaint was warranted.

[27] The TFN declined to make submissions to the Commission, and Mr. Ennis filed a brief two-page submission that did no more than repeat the generalized allegations made in his original complaint. INAC, on the other hand made a detailed submission of the maximum length allowed by the Commission.

[28] In its submission, INAC made the following principal points:

- Mr. Ennis' complaint raised disability as an alleged ground of discrimination, yet the assessor relegated disability as being secondary to the complaint and, as indicated in its submissions to the assessor, INAC lacked information about his age, alleged disability, the details of the waiting list that the TFN placed him on and his particular housing needs.
- INAC disputed that it had denied responsibility for housing on the reserve and noted that the principles of self-government meant that it could not allocate a house to Mr. Ennis. It also summarized the detailed information it and the third-party managers had provided to the assessor that contradicted the assertions of Mr. Ennis and the TFN and which demonstrated that funds had been advanced to the TFN during the period of third-party management, some of which could have been devoted to the provision of housing. It also noted that the Band Council had built some houses during the period of third-party management. INAC stated that the TFN also had access to its own source of revenue and to monies from a land claim settlement. This, coupled with the housing policy of the TFN that the assessor found to be fair and equitable, meant that there was no factual foundation for the complaint.

d'une décision de la Commission et que cette dernière, et non l'évaluatrice, était chargée de déterminer si une enquête sur la plainte de l'intimé était justifiée.

[27] La PNT a refusé de présenter ses observations à la Commission et M. Ennis a déposé une brève observation de deux pages qui ne faisait que répéter les allégations générales formulées dans sa plainte initiale. AANC, en revanche, a présenté des observations détaillées d'une longueur correspondant à la longueur maximale autorisée par la Commission.

[28] Dans ses observations, AANC a mentionné les principaux points suivants :

- La plainte de M. Ennis soulevait comme motif allégué de discrimination la question de la déficience. Cependant, l'évaluatrice a jugé qu'il s'agissait d'une question secondaire de la plainte et, comme cela a été indiqué dans ses observations présentées à l'évaluatrice, AANC ne disposait pas d'information sur son âge, la déficience alléguée, les détails de la liste d'attente sur laquelle la PNT l'a inscrit et sur ses besoins particuliers en matière de logement.
- AANC a contesté avoir nié toute responsabilité liée à la fourniture de logements dans la réserve et a souligné que les principes d'autonomie gouvernementale signifiaient qu'il ne pouvait pas attribuer un logement à M. Ennis. Il a également résumé les renseignements détaillés que les séquestres-administrateurs et lui-même avaient fournis à l'évaluatrice et qui contredisaient les affirmations de M. Ennis et de la PNT et qui démontraient que des fonds avaient été avancés à la PNT pendant la période de gestion par un séquestre-administrateur, dont une partie aurait pu être consacrée à la fourniture de logements. Il a aussi fait remarquer que le conseil de bande avait construit quelques logements pendant la période de gestion par un séquestre-administrateur. AANC a déclaré que la PNT disposait aussi de sa propre source de revenus et de l'argent provenant d'un règlement de revendication territoriale. Cela, ajouté à la politique sur le logement de la PNT que

- The TFN was placed in third-party management due to financial difficulties faced by the Band, which imperilled the entire community, and it was those difficulties, not any race-based distinction, which foreclosed the Band's ability to access ministerial loan guarantees during the period of third-party management. Limiting access to loan guarantees when there is a high risk of default is not a discriminatory act. Such guarantees were once again available when the period of third-party management ceased in 2017.
- Neither a general housing shortage nor inadequate housing is sufficient to establish a *prima facie* case of discrimination under the CHRA. Mr. Ennis had not provided any evidence to substantiate that he had been denied housing due to race or disability and that neither the TFN nor INAC has a positive duty to provide every resident with housing.

[29] The Commission provided a copy of INAC's submission to Mr. Ennis, for reply. He states in the affidavit he filed in support of his application for judicial review that he filed a reply to INAC's submission with the Commission. Once again, this is a brief document that does little more than repeat the generalized assertions made in his complaint. It is unclear whether Mr. Ennis' reply was placed before the Commission as it was not contained in the documents the Commission disclosed under rule 318 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106. Given that the reply added nothing of substance that Mr. Ennis had not already alleged in his complaint and his original submissions to the Commission, it matters not whether the reply was before the Commission: *Canada (Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006, at paragraphs 116–117; *Palonek v. Canada (National Revenue)*, 2007 FCA 281, 368 N.R. 358, at paragraphs 17 and 25; *Yu v. Canada (Citizenship*

l'évaluatrice a jugée juste et équitable, signifiait que la plainte ne reposait sur aucun fait.

- La PNT a été placée sous la gestion d'un séquestre-administrateur en raison de difficultés financières avec lesquelles la bande était aux prises et qui menaçaient toute la collectivité. Ce sont ces difficultés, et non la distinction fondée sur la race, qui ont empêché la bande de bénéficier de garanties d'emprunt ministérielles pendant la période de gestion par un séquestre-administrateur. Le fait de limiter l'accès aux garanties d'emprunt lorsqu'il existe un risque élevé de défaillance ne constitue pas un acte discriminatoire. Ces garanties ont été une nouvelle fois offertes lorsque la période de gestion par un séquestre-administrateur a pris fin en 2017.
- Ni une pénurie générale de logements ni des logements inadéquats ne suffisent pour établir une preuve *prima facie* de discrimination aux termes de la LCDP. M. Ennis n'avait pas fourni d'éléments de preuve pour étayer le fait qu'il s'est vu refuser un logement du fait de sa race ou de sa déficience et que ni la PNT ni AANC n'ont l'obligation positive de fournir à chaque résident un logement.

[29] La Commission a fourni une copie des observations d'AANC à M. Ennis pour qu'il y réponde. Dans l'affidavit qu'il a déposé à l'appui de sa demande de contrôle judiciaire, il affirme qu'il a déposé une réponse aux observations d'AANC auprès de la Commission. Une fois encore, il s'agit d'un bref document qui ne fait que répéter les allégations générales formulées dans sa plainte. Il est difficile de dire si la réponse de M. Ennis a été présentée à la Commission, car elle ne figurait pas dans les documents que la Commission a divulgués en application de la règle 318 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106. Il importe peu que la réponse ait été présentée ou non à la Commission, étant donné qu'elle ne contenait rien d'autre que des éléments que M. Ennis avait déjà allégués dans sa plainte et ses observations initiales présentées à la Commission : *Canada (Transports, Infrastructure et Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006, aux paragraphes 116 et 117; *Palonek c. Canada*

*and Immigration*), 2007 FC 155, 2007 CarswellNat 303, at paragraphs 18–19 and 22–23. The present circumstances are distinguishable from those in *Bergeron v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 57, 22 Admin. L.R. (6th) 310 (*Bergeron*), where the missing submissions were material, not duplicative, and necessary to allow the Commission to properly consider the matter.

#### (4) The Commission's Decision

[30] The Commission issued reasons for its decision to dismiss Mr. Ennis' complaint. They centred on the determination that, while INAC's funding decisions and role in the oversight of housing on-reserves is amenable to review under sections 5 and 6 of the CHRA, there was insufficient evidence to warrant further inquiry into Mr. Ennis' complaint. The Commission offered several reasons for this conclusion.

[31] First, as concerns the adverse impact alleged by Mr. Ennis, the Commission noted that no details had been provided about where he had been living, including by whom the housing he alleged was sub-standard was allocated or as to how it was sub-standard. The Commission therefore concluded there was insufficient evidence to warrant inquiry into these aspects of the complaint.

[32] Second, with respect to the grounds of discrimination, the Commission noted that Mr. Ennis had not provided evidence regarding how his claimed disabilities gave rise to a specific need for housing. It therefore concluded there was insufficient evidence to warrant an inquiry into the allegations of discrimination based on disability.

[33] Third, with respect to the remaining grounds of race and national or ethnic origin, the Commission noted there were no allegations that INAC and the TFN had prioritized persons of different race or ethnic origin, and that

(*Revenu national*), 2007 CAF 281, aux paragraphes 17 et 25; *Yu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 155, 2007 CarswellNat 5464, aux paragraphes 18, 19, 22 et 23. Les faits de la présente affaire se distinguent de ceux dans l'affaire *Bergeron c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 57 (*Bergeron*), où les observations manquantes étaient importantes, n'auraient pas tout simplement répété des observations qui avaient déjà été faites et auraient été nécessaires pour permettre à la Commission d'examiner adéquatement l'affaire.

#### 4) La décision de la Commission

[30] La Commission a rendu les motifs de sa décision de rejeter la plainte de M. Ennis. Ils étaient axés sur la conclusion que, bien que les décisions de financement d'AANC et le rôle joué dans la supervision des logements dans les réserves soient susceptibles de contrôle en application des articles 5 et 6 de la LCDP, il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour justifier une enquête plus approfondie de la plainte de M. Ennis. La Commission a présenté plusieurs motifs pour cette conclusion.

[31] Premièrement, en ce qui concerne les effets préjudiciables allégués par M. Ennis, la Commission a souligné qu'aucun détail n'avait été fourni concernant l'endroit où il vivait, y compris par qui le logement qu'il estimait insalubre a été attribué ou dans quelle mesure il s'agissait d'un logement insalubre. La Commission a donc conclu qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour justifier une enquête sur ces aspects de la plainte.

[32] Deuxièmement, en ce qui concerne les motifs de discrimination, la Commission a fait remarquer que M. Ennis n'avait pas fourni d'éléments de preuve quant à la façon dont ses déficiences alléguées ont donné lieu à des besoins particuliers en matière de logement. Elle a donc conclu qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour justifier une enquête sur les allégations de discrimination fondées sur des déficiences.

[33] Troisièmement, en ce qui concerne les autres motifs de race et d'origine nationale ou ethnique, la Commission a souligné qu'il n'y avait aucune allégation selon laquelle AANC et la PNT avaient accordé la priorité

the complaint therefore centred on provision of housing on-reserve to members of the TFN. The CHRC held that this may be sufficient to ground a claim of discrimination in appropriate cases, as for example, where the federal government fails to provide substantively equal access to analogous services to those provided to people off reserve, as was determined to have occurred in *First Nations Child and Family Caring Society of Canada v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 CHRT 2, [2016] 2 C.N.L.R. 270, 83 C.H.R.R. D/207 (*First Nations Caring Society*).

[34] Turning to the specifics of the complaint, the CHRC found that the focus of the complaint was on: (i) the fact that Mr. Ennis had been on a waiting list for on-reserve housing for years; (ii) that only members of the TFN are affected in this way; and (iii) the TFN primarily had a waiting list because funds for housing were not available during the period of third-party management. Assuming, without deciding, that being on such a waiting list could be seen as an adverse impact linked to race or national or ethnic origin, the Commission determined that the evidence did not warrant further inquiry into Mr. Ennis' key allegations about the consequences of third-party management, given the complete lack of evidence provided by Mr. Ennis and the TFN to substantiate their allegations as compared to the detailed evidence provided by INAC and the third-party managers. The Commission found that such evidence showed that funds were available for housing during the period of third-party management, and there was no evidence to link the non-availability of ministerial loan guarantees during the period of third-party management to a prohibited ground of discrimination. Thus, while in an appropriate case a claim of inadequate on-reserve housing might warrant inquiry, there was insufficient evidence brought by Mr. Ennis or the assessor to merit an inquiry into Mr. Ennis' complaint.

à des personnes de race ou d'origine ethnique différentes et que, par conséquent, la plainte était axée sur la fourniture aux membres de la PNT de logements dans la réserve. La CCDP a conclu que cela pourrait suffire pour constituer un motif de discrimination lorsqu'il y a lieu, par exemple, lorsque le gouvernement fédéral ne fournit pas un accès véritablement égal à des services semblables à ceux fournis aux personnes vivant hors de la réserve, comme cela a été établi dans la décision *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 TCDP 2 (*Société de soutien des Premières Nations*).

[34] En ce qui concerne les détails de la plainte, la CCDP a conclu que l'objet de la plainte portait sur : (i) le fait que M. Ennis était inscrit sur la liste d'attente pour un logement dans la réserve depuis plusieurs années; (ii) que seuls les membres de la PNT sont traités de cette manière et (iii) que la principale raison pour laquelle la PNT avait créé une liste d'attente résidait dans le fait que des fonds pour le logement n'étaient pas disponibles pendant la période de gestion par un séquestre-administrateur. En supposant, sans le décider, qu'être inscrit sur cette liste d'attente pourrait être considéré comme un effet préjudiciable lié à la race ou à l'origine nationale ou ethnique, la Commission a établi que les éléments de preuve ne justifiaient pas une enquête plus approfondie sur les principales allégations concernant les conséquences d'une gestion par un séquestre-administrateur, compte tenu du caractère insuffisant des éléments de preuve fournis par M. Ennis et la PNT pour étayer leurs allégations, comparativement aux éléments de preuve détaillés présentés par AANC et les séquestres-administrateurs. La Commission a conclu que ces éléments de preuve révélaient que des fonds pour le logement étaient disponibles pendant la période de gestion par un séquestre-administrateur et qu'il n'y avait aucun élément de preuve permettant d'établir un lien entre la non-disponibilité de garanties d'emprunt ministérielles pendant la période de gestion par un séquestre-administrateur et un motif de distinction illicite. Ainsi, bien que dans un cas pertinent, une allégation de logements inadéquats dans la réserve puisse justifier une enquête, les éléments de preuve présentés par M. Ennis ou l'évaluatrice ne suffisaient pas pour justifier une enquête sur la plainte de M. Ennis.

[35] The Commission concluded as follows:

In reaching these conclusions, the Commission in no way downplays the very real concerns that exist regarding housing on-reserve, generally. In 2015, the Senate Standing Committee on Aboriginal Peoples recognized concerns with the shortage and deterioration of on-reserve housing, and the Respondents have acknowledged that problems of this kind exist in the community at Tobique. The Commission has encouraged the federal government to develop concrete and specific strategies to urgently address the housing situation on First Nations reserves, as noted at paragraph 35 of the Report. However, the existence of these general concerns does not necessarily mean that every complaint relating to residential accommodation on-reserve warrants further inquiry before the Tribunal. There still needs to be sufficient evidence to warrant an inquiry into the particular allegations made by a complainant.

## II. The Decision of the Federal Court

[36] While recognizing that the standard of review applicable to the Commission's decision was reasonableness, the Federal Court actually engaged in correctness review and substituted its opinion for that of the Commission. And, it erroneously held that the Commission had violated Mr. Ennis' procedural fairness rights in failing to provide him advance notice of its intended decision.

[37] The Federal Court commenced its analysis by correctly setting out the applicable principles from the case law. It noted, with reference to the decision of the Supreme Court of Canada in *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364 (*Halifax*) and of the Federal Court in *Tutty v. Canada (Attorney General)*, 2011 FC 57, 382 F.T.R. 227, that the Commission is to be accorded deference in respect of its screening decisions under section 44 of the CHRA. The Federal Court also noted, as was held by the Supreme Court of Canada in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, (1989), 62 D.L.R. (4th) 385 and *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R.

[35] Voici la conclusion de la Commission :

[TRADUCTION] En parvenant à ces conclusions, la Commission ne minimise aucunement les véritables préoccupations qui existent en ce qui a trait au logement dans la réserve, d'une manière générale. En 2015, le Comité sénatorial permanent des peuples autochtones a admis qu'il existait des préoccupations liées à la pénurie de logements et à la détérioration de ceux-ci dans la réserve et les intimés ont reconnu que des problèmes de cette nature existent au sein de la collectivité à Tobique. La Commission a encouragé le gouvernement fédéral à élaborer des stratégies concrètes et précises afin de corriger de toute urgence la situation du logement dans les réserves des Premières Nations, comme cela est indiqué au paragraphe 35 du rapport. Cependant, l'existence de ces préoccupations générales ne signifie pas nécessairement que chaque plainte liée à des logements dans la réserve justifie une enquête plus approfondie devant le Tribunal. Il n'en demeure pas moins que les éléments de preuve doivent être suffisants pour justifier une enquête sur les allégations précises formulées par un plaignant.

## II. La décision de la Cour fédérale

[36] Tout en reconnaissant que la norme de contrôle qui s'applique à la décision de la Commission était celle de la décision raisonnable, la Cour fédérale a en fait appliqué la norme de la décision correcte et a substitué son opinion à celle de la Commission. De plus, elle a conclu à tort que la Commission avait violé les droits à l'équité procédurale de M. Ennis en ne lui fournissant pas un préavis de la décision qu'elle prévoyait rendre.

[37] La Cour fédérale a commencé son analyse en énonçant à juste titre les principes applicables tirés de la jurisprudence. Elle a fait remarquer, en renvoyant à l'arrêt *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364 (*Halifax*) rendu par la Cour suprême du Canada et à la décision *Tutty c. Canada (Procureur général)*, 2011 CF 57, rendue par la Cour fédérale, qu'il faut faire preuve de déférence à l'égard des décisions rendues par la Commission concernant l'examen préalable en application de l'article 44 de la LCDP. La Cour fédérale a également souligné, comme l'a conclu la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879 et *Cooper*

854, (1996), 140 D.L.R. (4th) 193, that the role of the Commission, in making screening decisions under section 44 of the CHRA, is to assess the sufficiency of the evidence before it. The Federal Court further correctly held that deference was not required in respect of its review of the fairness of the process undertaken by the Commission.

[38] However, in applying these principles, the Federal Court stated, at paragraph 31 that, for a decision to be reasonable, “it must be justifiably and demonstrably so.” It continued in the following paragraph: “[i]n that regard merely saying a matter is a ‘sufficiency of evidence’ conclusion does not make it so. A court must determine whether this is so even if the Commission believes it was limiting itself to its proper role” (emphasis added). The Federal Court then set out why it disagreed with the Commission’s determinations as to the sufficiency of the evidence.

[39] The Federal Court first considered the Commission’s determination on adverse impact. The Federal Court held that the Commission ought to have accepted the assessor’s analysis as “[t]he Assessor should be presumed to know the conditions alleged otherwise he/she could not find adverse effects” (at paragraph 34). The Court continued by holding that the Commission had failed to provide a rationale for its decision to depart from the assessor’s conclusions “which were based on a broader and more in-depth consideration of adverse impacts” (at paragraph 35). The Federal Court also held that it was incumbent on the Commission to have inquired whether evidence was available to substantiate Mr. Ennis’ allegations, and, if so, that it “ought to have returned the s. 49 Report for further detail” (at paragraph 37).

[40] The Federal Court next considered “the failure to show specific needs arising from [Mr. Ennis’] disabilities” and held that the Commission had “failed to consider whether the security of proper housing — given [Mr. Ennis’] mental condition — is a specific need” (at

*c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, que le rôle de la Commission, en rendant des décisions concernant l’examen préalable en application de l’article 44 de la LCDP, est de vérifier s’il existe une preuve suffisante. La Cour fédérale a en outre conclu à juste titre qu’il n’était pas nécessaire de faire preuve de déférence à l’égard de son contrôle de l’équité du processus entrepris par la Commission.

[38] Cependant, en appliquant ces principes, la Cour fédérale a déclaré au paragraphe 31 que pour qu’une décision soit raisonnable, « elle doit être justifiable, et le décideur doit pouvoir le démontrer ». Elle poursuit au paragraphe suivant : « [à] cet égard, le simple fait de dire qu’une question fait l’objet d’une conclusion de “preuve suffisante” ne signifie pas que c’est le cas. C’est le tribunal qui doit décider si la preuve est suffisante même si la Commission estime qu’elle a agi dans les limites de son rôle » (non souligné dans l’original). La Cour fédérale a alors indiqué pourquoi elle n’a pas souscrit aux décisions de la Commission quant au caractère suffisant des éléments de preuve.

[39] La Cour fédérale a d’abord examiné la décision de la Commission quant à l’effet préjudiciable. La Cour fédérale a conclu que la Commission aurait dû accepter l’analyse de l’évaluatrice, car « [i]l faut supposer que l’évaluatrice connaît les problèmes de santé allégués, sinon elle ne pourrait pas conclure à des effets préjudiciables » (au paragraphe 34). La Cour a poursuivi en concluant que la Commission n’a pas expliqué pourquoi elle a décidé de s’écarter des conclusions de l’évaluatrice « qui étaient fondées sur un examen plus large et plus approfondi des effets préjudiciables » (au paragraphe 35). La Cour fédérale a également conclu qu’il incombait à la Commission de se demander si des éléments de preuve étaient disponibles pour étayer les allégations de M. Ennis et que, le cas échéant, la Commission « aurait dû retourner le rapport d’évaluation rédigé au titre de l’article 49 afin d’obtenir plus de détails » (au paragraphe 37).

[40] La Cour fédérale a ensuite examiné « l’omission de démontrer les besoins particuliers découlant des déficiences d[e] M. Ennis » et elle a conclu que la Commission n’avait « pas examiné si la sécurité d’un logement convenable était un besoin particulier compte tenu



paragraph 39). To the extent the assessor had considered this issue, the Federal Court stated that the assessor's analysis was to be preferred or, if it had not been considered, stated that it was incumbent on the Commission to return the complaint to the assessor for further inquiry.

[41] Turning to the alleged systemic problems with INAC funding and the interplay (or lack thereof) between INAC and the TFN, the Federal Court held that the Commission had erred in accepting INAC's version of events in the face of a determination by the assessor regarding the lack of clarity as to the extent to which INAC's policies had led to inadequate on-reserve housing. The Federal Court stated that, in so holding, the Commission had engaged in an improper weighing of the evidence. The Federal Court concluded in this regard [at paragraphs 48–49]:

The Commission's criticism of the Applicant in not rebutting INAC's evidence is unfair. A complainant is not generally in a position to secure that type of information nor can a complainant be expected to analyze such information. It is within the powers of the Commission's assessor to secure and analyse that evidence. It was unfair to impose this evidentiary and analytical burden on a complainant in these circumstances.

At this stage of the process it is for the Assessor to pursue that line of inquiry. The Assessor did exactly that and could not resolve the matter. It is for the Tribunal not the Commission to resolve lack of clarity.

[42] Finally, the Federal Court stated that the Commission had denied Mr. Ennis procedural fairness in departing from the assessor's report without notice to Mr. Ennis. It noted that [at paragraph 53]:

The answer to the unfairness of the absence of notice and an opportunity to respond to the Commission's concerns is not in creating a further level of procedure. The resolution is in the Commission staying within its mandate as a screening body not an adjudicative-evidence weighing body.

de l'état mental d[e M. Ennis] » (au paragraphe 39). Dans la mesure où l'évaluatrice avait examiné cette question, la Cour fédérale a déclaré que l'analyse de l'évaluatrice devait être privilégiée. Si l'évaluatrice n'avait pas examiné cette question, la Cour fédérale a déclaré qu'il incombait à la Commission de renvoyer la plainte à l'évaluatrice afin que celle-ci mène une enquête plus approfondie.

[41] En ce qui concerne les problèmes systémiques allégués du financement d'AANC et l'interaction (ou son absence) entre AANC et la PNT, la Cour fédérale a conclu que la Commission avait commis une erreur en acceptant la version des événements d'AANC, étant donné que l'évaluatrice a établi un manque de clarté concernant la mesure dans laquelle les politiques d'AANC ont entraîné la fourniture de logements inadéquats dans la réserve. La Cour fédérale a déclaré qu'en tirant cette conclusion, la Commission avait procédé à une évaluation inappropriée des éléments de preuve. La Cour fédérale a tiré la conclusion suivante à cet égard [aux paragraphes 48 et 49] :

Il était injuste que la Commission critique le demandeur parce qu'il n'a pas réfuté la preuve d'AANC. Les plaignants ne sont généralement pas en mesure d'obtenir ce type de renseignements, et il n'est pas raisonnable non plus de s'attendre à ce qu'ils analysent de tels renseignements. Il est de la compétence de l'évaluateur de la Commission d'obtenir et d'analyser ces éléments de preuve. Il était inéquitable d'imposer cette charge de la preuve et de l'analyse au plaignant dans les circonstances.

À ce stade du processus, il appartient à l'évaluatrice de poursuivre cette piste d'enquête. C'est exactement ce que l'évaluatrice a fait, et elle n'a pas pu résoudre le problème. C'est le Tribunal et non la Commission qui doit régler la question du manque de clarté.

[42] Enfin, la Cour fédérale a déclaré que la Commission avait privé M. Ennis de son droit à l'équité procédurale en s'écartant du rapport de l'évaluatrice sans en aviser M. Ennis. Elle a souligné ce qui suit [au paragraphe 53] :

La réponse à l'injustice découlant de l'absence d'avis et de possibilité de répondre aux préoccupations de la Commission ne consiste pas à créer un nouveau palier de procédure. La solution à une telle situation réside en le respect par la Commission de son mandat en tant qu'organisme d'examen et non qu'organisme d'appréciation des éléments de preuve ayant un pouvoir décisionnel.

### III. Analysis

[43] In this appeal, in accordance with the decision of the Supreme Court of Canada in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, this Court is required to determine whether the Federal Court selected the appropriate standards of review and, if so, whether it applied such standards correctly. In other words, we are required to step into the shoes of the Federal Court and re-conduct the requisite analysis.

[44] In the instant case, the Federal Court selected the appropriate standards of review, namely, the deferential reasonableness standard for review of the merits of the Commission's decision and no deference, sometimes called correctness review, for review of procedural fairness issues.

[45] In this regard, it is well settled that administrative decision makers are not afforded deference in respect of procedural fairness issues: *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121, at paragraphs 34–56; *Wong v. Canada (Public Works and Government Services)*, 2018 FCA 101, 2018 CLLC 230-038 (*Wong*), at paragraph 19; *Ritchie v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 114, 19 Admin. L.R. (6th) 177 (*Ritchie*), at paragraph 16.

[46] It is likewise well settled that the deferential reasonableness standard applies to the merits of Commission decisions to refer or to decline to refer human rights complaints to the Tribunal for further inquiry: *Halifax*, at paragraphs 17–53; *Attaran v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 37, 380 D.L.R. (4th) 737 (*Attaran*), at paragraphs 9–14; *Hood v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 302, 2020 CLLC 230-017, at paragraphs 24–27; *Harvey v. Via Rail Canada Inc.*, 2020 FCA 95, 2020 CarswellNat 1671, at paragraph 10; *Wong*, at paragraph 19; *Ritchie*, at paragraph 16; *Jean v. Société Radio-Canada*, 2016 FCA 81, 2016 CarswellNat 12015, at paragraph 5. This conclusion is indeed mandated by the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*), the current leading authority on judicial review, in which that

### III. Discussion

[43] Dans le présent appel, comme l'a indiqué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, notre Cour est tenue de décider si la Cour fédérale a choisi les normes de contrôle applicables et, le cas échéant, si elle a appliqué ces normes à juste titre. Autrement dit, nous devons nous mettre à la place de la Cour fédérale et procéder de nouveau à l'analyse requise.

[44] En l'espèce, la Cour fédérale a choisi les normes de contrôle applicables, à savoir la norme déférente de la décision raisonnable pour contrôler le fond de la décision de la Commission et l'absence de déférence, parfois appelée la norme de contrôle de la décision correcte, pour examiner les questions d'équité procédurale.

[45] À cet égard, il est bien établi qu'il n'est pas exigé de faire preuve de déférence à l'égard des décideurs administratifs quant aux questions d'équité procédurale : *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121, aux paragraphes 34 à 56; *Wong c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2018 CAF 101 (*Wong*), au paragraphe 19; *Ritchie c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 114 (*Ritchie*), au paragraphe 16.

[46] De même, il est bien établi que la norme déférente de la décision raisonnable s'applique au bien fondé des décisions de la Commission de renvoyer les plaintes relatives aux droits de la personne au Tribunal afin qu'il mène une enquête plus approfondie ou de ses décisions de refuser de le faire : arrêt *Halifax*, aux paragraphes 17 à 53; *Attaran c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 37 (*Attaran*), aux paragraphes 9 à 14; *Hood c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 302, aux paragraphes 24 à 27; *Harvey c. Via Rail Canada Inc.*, 2020 CAF 95, 2020 CarswellNat 4552, au paragraphe 10; arrêt *Wong*, au paragraphe 19; arrêt *Ritchie*, au paragraphe 16; *Jean c. Société Radio-Canada*, 2016 CAF 81, 2016 CarswellNat 637, au paragraphe 5. Cette conclusion est en effet imposée par l'arrêt récent *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (*Vavilov*), rendu par la Cour suprême du Canada, l'arrêt-clé actuel en

Court confirmed that the reasonableness standard applies to administrative decisions that are not subject to appeal, save in exceptional circumstances, none of which would apply to screening decisions made by the Commission.

[47] Thus, the Federal Court selected the appropriate standards of review. Where it erred was in its application of those standards.

#### A. *The Merits of the Commission's Decision*

[48] Turning first to the Federal Court's review of the merits of the Commission's decision under the reasonableness standard, the Supreme Court of Canada underscored in paragraph 81 of *Vavilov* that the reasons of an administrative decision maker are the starting point for reasonableness review where, as here, reasons are given. The requisite inquiry involves asking whether the decision maker's decision was a reasonable one. The reviewing court is therefore not to ask what decision the court would have made. "Reasonableness review is methodologically distinct from correctness review": *Vavilov*, at paragraph 12. To use the words of the majority in *Vavilov* [at paragraph 83]:

... the focus of reasonableness review must be on the decision actually made by the decision maker, including both the decision maker's reasoning process and the outcome. The role of courts in these circumstances is to review, and they are, at least as a general rule, to refrain from deciding the issue themselves. Accordingly, a court applying the reasonableness standard does not ask what decision it would have made in place of that of the administrative decision maker, attempt to ascertain the "range" of possible conclusions that would have been open to the decision maker, conduct a *de novo* analysis or seek to determine the "correct" solution to the problem. The Federal Court of Appeal noted in *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 472 N.R. 171, that, "as reviewing judges, we do not make our own yardstick and then use that yardstick to measure what the administrator did": at para. 28; see also *Ryan*, at paras. 50-51. Instead, the reviewing court must consider only whether the decision made by

matière de contrôle judiciaire, où la Cour a confirmé que la norme de la décision raisonnable s'applique aux décisions administratives qui ne sont pas susceptibles d'appel, sauf dans des circonstances exceptionnelles, bien qu'il soit entendu qu'aucune circonstance exceptionnelle ne s'appliquerait aux décisions rendues par la Commission concernant l'examen préalable.

[47] Ainsi, la Cour fédérale a choisi les normes de contrôle applicables. C'est à l'étape de l'application de ces normes qu'elle a commis une erreur.

#### A. *Le bien-fondé de la décision de la Commission*

[48] En ce qui concerne d'abord le contrôle par la Cour fédérale du bien-fondé de la décision de la Commission, selon la norme de la décision raisonnable, la Cour suprême du Canada a souligné, au paragraphe 81 de l'arrêt *Vavilov*, que les motifs d'un décideur administratif sont le point de départ du contrôle selon la norme de la décision raisonnable où, comme c'est le cas en l'espèce, des motifs sont présentés. L'analyse requise suppose qu'on se demande si la décision du décideur était raisonnable. Il n'incombe donc pas à la cour de révision de se demander quelle décision le tribunal aurait dû rendre. « Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable est méthodologiquement distinct du contrôle selon la norme de la décision correcte » : arrêt *Vavilov*, au paragraphe 12. Pour reprendre la formulation de la majorité de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Vavilov* [au paragraphe 83] :

[...] le contrôle en fonction de la norme de la décision raisonnable doit s'intéresser à la décision effectivement rendue par le décideur, notamment au raisonnement suivi et au résultat de la décision. Le rôle des cours de justice consiste, en pareil cas, à réviser la décision et, en général à tout le moins, à s'abstenir de trancher elles-mêmes la question en litige. Une cour de justice qui applique la norme de contrôle de la décision raisonnable ne se demande donc pas quelle décision elle aurait rendue à la place du décideur administratif, ne tente pas de prendre en compte l'« éventail » des conclusions qu'aurait pu tirer le décideur, ne se livre pas à une analyse *de novo*, et ne cherche pas à déterminer la solution « correcte » au problème. Dans l'arrêt *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117, la Cour d'appel fédérale a signalé que « le juge réformateur n'établit pas son propre critère pour ensuite jauger ce qu'a fait l'administrateur » : par. 28 (CanLII); voir aussi *Ryan*, par. 50-51. La cour de révision

the administrative decision maker — including both the rationale for the decision and the outcome to which it led — was unreasonable. [Underlining added.]

[49] Rather than proceeding in this fashion, the Federal Court instead asked itself how it would have ruled on whether there was sufficient evidence to send the complaint to the Tribunal for further inquiry. As noted, the Federal Court described its role in paragraph 32 of its reasons as being charged with determining whether the evidence before the Commission was sufficient to warrant inquiry, stating that its role was to determine “whether this is so”.

[50] With respect, this approach is erroneous. It is not for the Federal Court (or this Court on appeal) to question whether there was sufficient evidence before the Commission to warrant referral of Mr. Ennis’ complaint to the Tribunal for inquiry. Such a question is identical to asking whether the Commission was correct in its conclusion as to the sufficiency of the evidence. This is correctness and not reasonableness review.

[51] Under reasonableness review, contrary to the approach taken by the Federal Court, the question for the reviewing court is rather whether the Commission’s determination that the evidence was insufficient was a reasonable one that was open to the Commission to have made. In asking itself the wrong question, the Federal Court fell into error. This led to its erroneously re-evaluating the sufficiency of the evidence that was before the Commission.

[52] This erroneous approach is evident at several places in the Federal Court’s reasons. For example, it stated [at paragraphs 35, 37–40, 45–46 and 48–49]:

Absent an explanation by the Commission as to its reason for departing from the conclusions of the Assessor, which were based on a broader and more in-depth consideration of adverse impacts, it is not possible to conclude that the Commission’s conclusion was reasonable.

n’est plutôt appelée qu’à décider du caractère raisonnable de la décision rendue par le décideur administratif — ce qui inclut à la fois le raisonnement suivi et le résultat obtenu. [Non souligné dans l’original.]

[49] Au lieu de procéder de cette façon, la Cour fédérale s’est demandé comment elle se serait prononcée sur la question de savoir si les éléments de preuve étaient suffisants pour renvoyer la plainte au Tribunal afin qu’il mène une enquête plus approfondie. Comme il est mentionné plus haut, la Cour fédérale a décrit son rôle au paragraphe 32 de ses motifs en indiquant qu’elle était chargée de décider si la preuve dont disposait la Commission était suffisante pour justifier une enquête, en déclarant que son rôle était de décider « si la preuve est suffisante ».

[50] En toute déférence, cette démarche est erronée. Ce n’est pas le rôle de la Cour fédérale (ou de notre Cour en appel) de se demander si la Commission disposait d’une preuve suffisante pour justifier le renvoi de la plainte de M. Ennis au Tribunal aux fins d’enquête. Une telle question revient à se demander si la Commission a tiré la bonne conclusion en ce qui a trait au caractère suffisant de la preuve. Il s’agit du contrôle selon la norme de la décision correcte et non de celui selon la norme de la décision raisonnable.

[51] Dans le cadre d’un contrôle selon la norme de la décision raisonnable, contrairement à la démarche adoptée par la Cour fédérale, la cour de révision doit plutôt se demander si la décision de la Commission, selon laquelle la preuve n’était pas suffisante, était une décision raisonnable qu’il était loisible à la Commission de rendre. En se posant la mauvaise question, la Cour fédérale a commis une erreur. Cela l’a conduit à réévaluer à tort le caractère suffisant de la preuve dont disposait la Commission.

[52] Cette démarche erronée ressort à plusieurs endroits dans les motifs de la Cour fédérale. Elle a affirmé par exemple ce qui suit [aux paragraphes 35, 37 à 40, 45, 46, 48 et 49] :

En l’absence d’une explication de la Commission quant à la raison pour laquelle elle s’écarte des conclusions de l’évaluatrice, qui étaient fondées sur un examen plus large et plus approfondi des effets préjudiciables, il n’est pas possible d’inférer que la conclusion de la Commission était raisonnable.

...

The Commission further failed to inquire whether such evidence was available. If it was and it was not produced, the Commission ought to have returned the s 49 Report for further detail.

The Commission also failed to consider a relevant issue—whether being on a wait list for 10 years in the mental condition of the Applicant caused adverse impacts. If the Commission did consider that issue, there is nothing that would suggest it did.

In respect of the failure to show specific needs arising from the Applicant's disabilities, the Commission failed to consider whether the security of proper housing – given the Applicant's mental condition—is a specific need.

Again, to the extent that the Assessor did not address that issue, it was unreasonable for the Commission not to inquire or cause the Assessor to inquire. To the extent that the Assessor's conclusion of intersectional, adverse effects reflects the Applicant's needs, the Commission has failed to explain why it did not accept the Assessor's conclusion.

...

In my view, given the Assessor's conclusions particularly as to lack of clarity and INAC's further and substantive financial submissions in response to the s 49 Report, the Commission engaged in an improper weighing of evidence as between the Assessor's analysis and INAC's position.

While it is not sufficient for success for a complainant to merely allege someone is lying (as the complainant's father did), it was clear that the Commission accepted INAC's version of events without the benefit of expert and other evidence which the Assessor said was necessary to bring clarity to the situation.

...

The Commission's criticism of the Applicant in not rebutting INAC's evidence is unfair. A complainant is not generally in a position to secure that type of information

[...]

La Commission n'a en outre pas cherché à savoir si de tels éléments de preuve étaient disponibles. S'ils l'étaient et qu'ils n'ont pas été produits, la Commission aurait dû retourner le rapport d'évaluation rédigé au titre de l'article 49 afin d'obtenir plus de détails.

La Commission n'a pas non plus examiné une question pertinente, à savoir si le fait d'être inscrit sur une liste d'attente pendant 10 ans a eu des effets préjudiciables compte tenu de l'état mental du demandeur. Si la Commission s'est effectivement penchée sur cette question, rien n'indique qu'elle l'a fait.

En ce qui concerne l'omission de démontrer les besoins particuliers découlant des déficiences du demandeur, la Commission n'a pas examiné si la sécurité d'un logement convenable était un besoin particulier compte tenu de l'état mental du demandeur.

Encore une fois, dans la mesure où l'évaluatrice n'a pas abordé cette question, il était déraisonnable de la part de la Commission de ne pas enquêter ou de ne pas faire en sorte que l'évaluatrice le fasse. Dans la mesure où la conclusion de l'évaluatrice concernant les effets préjudiciables multidimensionnels reflète les besoins du demandeur, la Commission n'a pas expliqué pourquoi elle n'a pas accepté la conclusion de l'évaluatrice.

[...]

À mon avis, étant donné les conclusions de l'évaluatrice, notamment en ce qui concerne le manque de clarté et les observations supplémentaires sur des questions financières importantes d'AANC en réponse au rapport d'évaluation rédigé au titre de l'article 49, la Commission a procédé à une évaluation inappropriée des éléments de preuve en ce qui concerne l'analyse de l'évaluatrice et la position d'AANC.

Même s'il ne suffit pas, pour réussir, qu'un plaignant allègue simplement que quelqu'un ment (comme l'a fait le père du plaignant), il était manifeste que la Commission a accepté la version des événements d'AANC sans le bénéfice de témoignages d'experts et d'autres éléments de preuve qui, comme l'a dit l'évaluatrice, étaient nécessaires pour clarifier la situation.

[...]

Il était injuste que la Commission critique le demandeur parce qu'il n'a pas réfuté la preuve d'AANC. Les plaignants ne sont généralement pas en mesure d'obtenir

nor can a complainant be expected to analyze such information. It is within the powers of the Commission's assessor to secure and analyse that evidence. It was unfair to impose this evidentiary and analytical burden on a complainant in these circumstances.

At this stage of the process it is for the Assessor to pursue that line of inquiry. The Assessor did exactly that and could not resolve the matter. It is for the Tribunal not the Commission to resolve lack of clarity.

[53] What the Federal Court instead ought to have done is to have asked itself whether the Commission's decision was one that it reasonably could have made.

[54] As noted by the Supreme Court of Canada in *Vavilov*, there are two types of fundamental flaws that may render a decision unreasonable: either a flaw of rationality in the reasoning process or instances where the decision is untenable in light of the factual and legal constraints that bear upon it (at paragraph 101). Most challenges, including the present one, centre on the second of these potential flaws.

[55] The Supreme Court provided a non-exhaustive list in *Vavilov* of factual and legal constraints against which administrative decisions may be measured to ascertain if they are tenable. These constraints include:

- the decision maker's governing legislation, which may, for example, (i) set boundaries on the decision maker's powers (at paragraph 108), (ii) require or allow the decision maker to draw on its unique expertise, which may be different from that of a court (at paragraphs 31 and 93), (iii) contain definitions, principles or formulas that prescribe the exercise of discretion (at paragraphs 108–109) or (iv) be drafted in narrow or open-ended language (at paragraph 110);
- other statutory or common law, which may constrain the decision maker, depending on context (at paragraphs 111–114);

ce type de renseignements, et il n'est pas raisonnable non plus de s'attendre à ce qu'ils analysent de tels renseignements. Il est de la compétence de l'évaluateur de la Commission d'obtenir et d'analyser ces éléments de preuve. Il était inéquitable d'imposer cette charge de la preuve et de l'analyse au plaignant dans les circonstances.

À ce stade du processus, il appartient à l'évaluatrice de poursuivre cette piste d'enquête. C'est exactement ce que l'évaluatrice a fait, et elle n'a pas pu résoudre le problème. C'est le Tribunal et non la Commission qui doit régler la question du manque de clarté.

[53] La Cour fédérale aurait plutôt dû se demander si la décision de la Commission était une décision qu'elle aurait pu raisonnablement rendre.

[54] Comme l'a fait remarquer la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Vavilov*, il y a deux catégories de lacunes fondamentales qui pourraient rendre une décision déraisonnable : le manque de logique du raisonnement ou le cas d'une décision indéfendable compte tenu des contraintes factuelles et juridiques qui ont une incidence sur la décision (au paragraphe 101). Dans la plupart des contestations, y compris celle dont nous sommes saisis, la seconde catégorie de lacunes est en cause.

[55] Dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour suprême donne une liste non exhaustive de contraintes factuelles et juridiques en fonction desquelles le caractère défendable d'une décision administrative peut s'apprécier, y compris :

- le régime législatif applicable, qui peut, par exemple (i) établir les contraintes liées à l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires (au paragraphe 108); (ii) exiger ou permettre que le décideur mette à contribution sa propre expertise, qui peut différer de celle d'un tribunal (aux paragraphes 31 et 93); (iii) énoncer les définitions, les principes ou les formules qui prescrivent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (aux paragraphes 108 et 109), ou (iv) être rédigée dans un langage précis ou plus général (au paragraphe 110);
- certains principes législatifs ou de common law qui peuvent restreindre l'éventail des options ouvertes au décideur, selon le contexte (aux paragraphes 111 à 114);

- principles of statutory interpretation, which mean that the administrative decision maker’s interpretation “must be consistent with the text, context and purpose of the provision” (at paragraph 120);
  - the evidence before the decision maker, but it is not for the reviewing court to re-weigh the evidence. Rather, it may intervene only where “the decision maker has fundamentally misapprehended or failed to account for the evidence before it” (at paragraph 126);
  - the parties’ submissions to the administrative decision maker, which require the decision maker to address key arguments made (at paragraphs 127–128);
  - the decision maker’s past practices and decisions, which the administrative decision maker cannot depart from without adequate explanation (at paragraphs 129 and 131); and
  - the impact of the decision on the affected individual(s) (at paragraphs 133–135).
- les principes suivant lesquels le décideur administratif doit interpréter un texte législatif conformément « à son texte, à son contexte et à son objet » (au paragraphe 120);
  - la preuve à la disposition du décideur, étant entendu que la cour de révision doit se garder de l’apprécier à nouveau. La cour peut intervenir si « le décideur s’est fondamentalement mépris sur la preuve qui lui a été soumise ou n’en a pas tenu compte » (au paragraphe 126);
  - les questions et préoccupations soulevées par les parties, qui exigent que le décideur examine bien les arguments principaux qui sont formulés (aux paragraphes 127 et 128);
  - les pratiques et décisions antérieures du décideur, auxquelles il ne peut pas déroger sans donner une explication suffisante (aux paragraphes 129 et 131);
  - les répercussions de la décision sur les personnes touchées (aux paragraphes 133 à 135).

[56] Here, the relevant statutory language is open-ended, providing minimal constraint on the Commission, which Parliament has charged with determining whether an inquiry into a human rights complaint is warranted: see for example *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Treasury Board)*, 2005 FC 1297, [2006] 3 F.C.R. 283, at paragraph 28. As was noted by this Court in *Ritchie*, at paragraphs 38–39, the Commission’s screening decisions are deserving of considerable deference. To similar effect, in *Wong*, at paragraph 24, this Court reiterated that decisions of the Commission determining that an inquiry into a human rights complaint is not warranted “are entitled to substantial deference as they involve an exercise of discretion by the CHRC and are entirely factually-infused.” In other words, “the Commission is given a great deal of discretion in determining the disposition of 40/41 Reports”, discretion that “derives from judicial recognition of the Commission’s expertise in performing its important screening and gate-keeping role”: *Bergeron*, at paragraph 74.

[56] En l’espèce, les mots pertinents employés dans les dispositions législatives sont non limitatifs, imposant des contraintes minimales à la Commission à qui le législateur a confié la tâche d’établir si une enquête sur une plainte relative aux droits de la personne est justifiée : voir par exemple *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada (Conseil du Trésor)*, 2005 CF 1297, [2006] 3 R.C.F. 283, au paragraphe 28. Comme l’a fait remarquer notre Cour dans l’arrêt *Ritchie*, aux paragraphes 38 et 39, il faut faire preuve d’une grande déférence à l’égard des décisions rendues par la Commission concernant l’examen préalable. Dans le même sens, dans l’arrêt *Wong*, au paragraphe 24, notre Cour a rappelé que les décisions de la Commission quant au fait d’établir qu’une enquête sur une plainte relative aux droits de la personne n’est pas justifiée « appellent un niveau élevé de retenue judiciaire, car elles font intervenir l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la CCDP et sont entièrement tributaires des faits ». Autrement dit, « la Commission jouit d’un vaste pouvoir discrétionnaire pour déterminer le traitement des rapports fondés sur les articles 40 et 41 », pouvoir qui

[57] The Federal Court has similarly stated that “[t]he Commission has broad discretionary power and enjoys a remarkable degree of latitude when it is performing its screening function on receipt of an investigation report”: *Egueh-Robleh v. Canada (Institutes of Health Research)*, 2019 FC 1079, 2019 CarswellNat 12985, at paragraph 20; see also *Anani v. Royal Bank of Canada*, 2020 FC 870, 2020 CarswellNat 4322 (*Anani*), at paragraph 50; *Mulder v. Canada (Attorney General)*, 2020 FC 944, 2020 CarswellNat 4633, at paragraphs 69–70.

[58] Most of the other above factors listed in *Vavilov* likewise provide little constraint on the breadth of discretion given to the Commission in making screening decisions.

[59] Insofar as concerns the relevant authorities, the case law establishes that the Commission is not bound by the recommendations made by an investigator. As noted by the Federal Court in *Wang v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2005 FC 654, 272 F.T.R. 208, at paragraph 30:

.... Not only is the Commission under no obligation to follow the Investigator’s recommendation, it has to evaluate the complaint having regard to all circumstances. Faced with conflicting evidence, it was in the Commission’s discretion to decide as it did in dismissing the applicant’s complaint.

[60] Likewise, in *Bradley v. Canada (Attorney General)*, 135 F.T.R. 105, 1997 CarswellNat 1327, at paragraph 53, the Trial Division of the Federal Court stated:

It is true that the CHRC did not accept the investigator’s recommendation, that is, that a conciliator be appointed, but the Commission is not bound by any such recommendation. The applicant was clearly advised of this when the investigation report was sent to him for comment. The

« découle de la reconnaissance judiciaire de l’expertise de la Commission pour s’acquitter de sa fonction de sélection et de son rôle de gardien importants » : décision *Bergeron*, au paragraphe 74.

[57] De même, la Cour fédérale a déclaré que « [l]a Commission dispose d’un large pouvoir discrétionnaire et elle jouit d’un degré remarquable de latitude dans l’exécution de sa fonction d’examen préalable lorsqu’elle reçoit un rapport d’enquête » : *Egueh-Robleh c. Canada (Instituts de recherche en santé)*, 2019 CF 1079, 2019 CarswellNat 5076, au paragraphe 20; voir aussi *Anani c. Banque Royale du Canada*, 2020 CF 870, 2020 CarswellNat 4906 (*Anani*), au paragraphe 50; *Mulder c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 944, 2020 CarswellNat 5813, aux paragraphes 69 et 70.

[58] De même, la plupart des autres facteurs énoncés précédemment dans l’arrêt *Vavilov* restreignent peu la portée du pouvoir discrétionnaire accordé à la Commission lorsqu’elle rend des décisions concernant l’examen préalable.

[59] Quant aux décisions pertinentes, la jurisprudence établit que la Commission n’est pas liée par les recommandations formulées par un enquêteur. Comme l’a mentionné la Cour fédérale dans la décision *Wang c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2005 CF 654, au paragraphe 30 :

[...] La Commission n’est pas tenue de suivre les recommandations de l’enquêteur, elle doit évaluer la plainte compte tenu des circonstances relatives à celle-ci. En présence d’une preuve contradictoire, il était loisible à la Commission, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, de décider, comme elle l’a fait, de rejeter la plainte de la demanderesse.

[60] De même, dans la décision *Bradley c. Canada (Procureur général)*, [1997] A.C.F. n° 1031 (QL), 1997 CarswellNat 3909, au paragraphe 56, la Section de première instance de la Cour fédérale a affirmé ce qui suit :

Il est vrai que la CCDP n’a pas accepté la recommandation de l’enquêteuse, c’est-à-dire de nommer un conciliateur, mais elle n’était pas liée par une telle recommandation. Le requérant avait clairement été informé de cette possibilité quand le rapport d’enquête lui a été envoyé



Commission's decision is not in error because it chose not to follow the investigator's recommendation.

[61] The same principle was applied in *MacLean v. Canada (Human Rights Commission)*, 2003 FC 1459, 243 F.T.R. 219, at paragraphe 50, where the Court held that the Commission was not bound to adopt the initial investigator's report which favoured further inquiry into the complaints. Similarly, in *Bastide v. Canada Post Corp.*, 2005 FC 1410, [2006] 2 F.C.R. 637, at paragraphs 2, 19–22 and 51, aff'd 2006 FCA 318, 365 N.R. 136, at paragraphs 4–9, leave to appeal to S.C.C. refused [2007] 1 S.C.R. v (31732, 8 March 2007), the courts refused to interfere with the Commission's decision to dismiss the complaints "on the ground that the respondent had established a *bona fide* occupational requirement under section 15 of the Act", despite the investigator's report recommending the appointment of a tribunal to hear the complaints. In particular, this Court observed at paragraph 9 of its decision that "[i]f the Commission enjoys a wide latitude to allow a complaint and to request that an inquiry be instituted to examine its merits, it has the same latitude to refuse to do so and to dismiss the complaint".

[62] In addition, so long as the investigation is sufficiently thorough and has examined the critical evidence, the Commission is not required to return a file for further investigation if the Commission concludes that the factual basis put forward by the parties and the investigator provides insufficient grounds to justify further inquiry, even where additional evidence might be uncovered if a further inquiry were undertaken. Indeed, were it otherwise, the Commission's screening role would be substantially undermined. On this point, the British Columbia Court of Appeal has stated that a "mere possibility" of discrimination is not enough to require a hearing: as gate keeper, the Commission must make a preliminary assessment of the case and determine whether the evidence takes the case "out of the realm of conjecture", such that the matter warrants the time and expense of a full hearing: *Lee v. British Columbia (Attorney General)*, 2004

pour fins d'observations. La décision de la Commission n'est pas entachée d'erreur parce qu'elle a choisi de ne pas suivre la recommandation de l'enquêteuse.

[61] Le même principe a été appliqué dans la décision *MacLean c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, 2003 CF 1459, au paragraphe 50, où la Cour a conclu que la Commission n'était pas tenue d'adopter le rapport de l'enquêteur qui montrait que les plaintes justifiaient un examen plus poussé. De même, dans la décision *Bastide c. Société canadienne des postes*, 2005 CF 1410, [2006] 2 R.C.F. 637, aux paragraphes 2, 19 à 22 et 51, conf. par 2006 CAF 318, aux paragraphes 4 à 9, autorisation d'interjeter appel auprès de la Cour suprême du Canada refusée [2007] 1 R.C.S. v (31732, 8 mars 2007), les cours ont refusé de s'immiscer dans la décision rendue par la Commission de rejeter les plaintes « en raison du fait que l'intimée avait, selon elle, fait la preuve d'une exigence professionnelle justifiée au sens de l'article 15 de la Loi », même si dans son rapport, l'enquêteur recommandait la nomination d'un tribunal pour qu'il entende les plaintes. Plus précisément, notre Cour a fait observer au paragraphe 9 de sa décision que « [s]i la Commission jouit d'une grande latitude pour accueillir une plainte et demander la constitution d'un tribunal pour en examiner le mérite, elle jouit d'une latitude non moins grande pour refuser de le faire et rejeter la plainte ».

[62] En outre, tant que l'enquête est suffisamment approfondie et qu'elle a permis d'examiner les éléments de preuve cruciaux, la Commission n'est pas tenue de renvoyer un dossier aux fins d'enquête plus approfondie si la Commission conclut que le fondement factuel présenté par les parties et l'enquêteur ne fournit pas des motifs suffisants pour justifier une enquête plus approfondie, même si la réalisation d'une telle enquête peut permettre de révéler des éléments de preuve supplémentaires. En effet, s'il en était autrement, la fonction d'examen préalable de la Commission serait considérablement minée. Sur ce point, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a déclaré que la [TRADUCTION] « simple possibilité » qu'une discrimination puisse exister ne suffit pas pour exiger la tenue d'une audience : dans son rôle de gardien, la Commission doit effectuer une évaluation préliminaire de l'affaire et établir si les éléments

BCCA 457, 244 D.L.R. (4th) 404, 2004 CLLC 230-036, at paragraph 26.

[63] In a somewhat similar vein, contrary to what counsel for Mr. Ennis asserted before us, the Commission is not bound to refer a complaint to the Tribunal in cases where it has declined an earlier request by the respondent to dismiss the complaint under subsection 41(1) of the CHRA. The inquiries under that subsection and section 44 of the CHRA are separate and distinct.

[64] The case law also firmly recognizes that, to make out a case of discrimination, a complainant must establish a nexus between the disadvantage suffered and one of the prohibited grounds listed in the CHRA to establish a *prima facie* case of discrimination. In other words, the claimed disadvantageous treatment must be shown to arise because of one of the prohibited grounds. As has been noted by the Supreme Court of Canada and this Court, the relevant test requires complainants to demonstrate that (i) they have a characteristic protected from discrimination under the relevant human rights legislation, (ii) they experienced an adverse impact with respect to the service at issue, and (iii) the protected characteristic was a factor in the adverse impact: see *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360, at paragraph 33; *Stewart v. Elk Valley Coal Corp.*, 2017 SCC 30, [2017] 1 S.C.R. 591, at paragraph 24; *British Columbia Human Rights Tribunal v. Schrenk*, 2017 SCC 62, [2017] 2 S.C.R. 795, at paragraph 86 (per Justice Abella); *Attaran*, at paragraphs 19–24; *Canada (Attorney General) v. Johnstone*, 2014 FCA 110, [2015] 2 F.C.R. 595, 459 N.R. 82, at paragraphs 75–76 and 81–84.

[65] In assessing the sufficiency of the evidence, the Commission is charged with determining whether there is enough evidence in respect of the requisite nexus, the claimed grounds of discrimination and the alleged prejudice suffered by a complainant to warrant a referral to the Tribunal for inquiry: see for example *Love v.*

de preuve [TRADUCTION] « font que l'affaire ne relève plus du domaine des conjectures », de sorte que la question justifie de consacrer du temps et de l'argent à une audience complète : *Lee v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 BCCA 457, 244 D.L.R. (4th) 404, 2004 CLLC 230-036, au paragraphe 26.

[63] Un peu dans le même sens, contrairement à ce que l'avocat de M. Ennis a fait valoir devant nous, la Commission n'est pas tenue de renvoyer une plainte au Tribunal dans les cas où elle a refusé une demande antérieure de l'intimé de rejeter la plainte en application du paragraphe 41(1) de la LCDP. Les enquêtes menées en application de ce paragraphe et de l'article 44 de la LCDP sont indépendantes et distinctes.

[64] La jurisprudence reconnaît aussi clairement que, pour établir une preuve de discrimination, un plaignant doit démontrer un lien entre l'inconvénient subi et l'un des motifs illicites énumérés dans la LCDP pour établir une preuve *prima facie* de discrimination. En d'autres termes, il faut démontrer que le traitement défavorable allégué découle de l'un des motifs illicites. Comme l'a souligné la Cour suprême du Canada et notre Cour, le critère pertinent exige que les plaignants démontrent (i) qu'ils possèdent une caractéristique protégée contre la discrimination par la loi pertinente sur les droits de la personne, (ii) qu'ils ont subi un effet préjudiciable relativement au service en cause et (iii) que la caractéristique protégée a constitué un facteur dans la manifestation de l'effet préjudiciable : voir les arrêts *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360, au paragraphe 33; *Stewart c. Elk Valley Coal Corp.*, 2017 CSC 30, [2017] 1 R.C.S. 591, au paragraphe 24; *British Columbia Human Rights Tribunal c. Schrenk*, 2017 CSC 62, [2017] 2 R.C.S. 795, au paragraphe 86 ( la juge Abella); arrêt *Attaran*, aux paragraphes 19 à 24; *Canada (Procureur général) c. Johnstone*, 2014 CAF 110, [2015] 2 R.C.F. 595, aux paragraphes 75 et 76 et 81 à 84.

[65] En vérifiant s'il existe une preuve suffisante, la Commission est chargée d'établir s'il y a suffisamment d'éléments de preuve concernant le lien nécessaire, les motifs de distinction allégués et le préjudice allégué subi par un plaignant pour justifier un renvoi au Tribunal aux fins d'enquête : voir par exemple *Love c. Canada*

*Canada (Privacy Commissioner)*, 2015 FCA 198, 475 N.R. 390, at paragraphs 23–26; *Anani*, at paragraphs 48 and 68–72; *Stukanov v. Canada (Attorney General)*, 2021 FC 49, 2021 CarswellNat 345, at paragraphs 40–47; *Hartjes v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 830, 334 F.T.R. 277, at paragraphs 23–30; see also, by analogy with British Columbia’s *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210; *Edgewater Casino v. Chubb-Kennedy*, 2014 BCSC 416, 21 C.C.E.L. (4th) 314, at paragraphs 39–41, affd 2015 BCCA 9, 69 B.C.L.R. (5th) 214.

[66] It is eminently reasonable for the Commission to decline to refer a matter where, as here, there is no evidence to support a *prima facie* case of discrimination. To require it to do otherwise would lead to an inquiry that would most probably fail as the complainant in such a case has been incapable of marshaling the evidence to support his or her claim at the screening stage, where a complainant is required to provide evidence to support a referral. Referring such cases to the Tribunal, especially where the Commission need not participate in the hearing before the Tribunal, would put an undue strain on limited adjudicative resources and limit access to justice for the many complainants who have valid cases, who will have to wait longer to have them adjudicated. Ultimately, determinations of whether any particular case raises issues and evidence sufficient to warrant inquiry are both policy-laden and inherently factual. Such determinations are ones for the Commission, as opposed to the Court, to make.

[67] While the finality of a decision to dismiss a complaint means that the decision has an important impact for the complainant, this factor, in and of itself, does not transform reasonableness review into correctness review. As was noted by Justice Mainville, writing for this Court in *Keith v. Canada (Correctional Service)*, 2012 FCA 117, 431 N.R. 121 [at paragraphs 47–49]:

*(Commissaire à la protection de la vie privée)*, 2015 CAF 198, aux paragraphes 23 à 26; décision *Anani*, aux paragraphes 48 et 68 à 72; *Stukanov c. Canada (Procureur général)*, 2021 CF 49, 2021 CarswellNat 345, aux paragraphes 40 à 47; *Hartjes c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 830, aux paragraphes 23 à 30; voir aussi, par analogie avec le code des droits de la personne de la Colombie-Britannique, le *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210, la décision *Edgewater Casino v. Chubb-Kennedy*, 2014 BCSC 416, 21 C.C.E.L. (4th) 314, aux paragraphes 39 à 41, conf. par 2015 BCCA 9, 69 B.C.L.R. (5th) 214.

[66] Il est éminemment raisonnable que la Commission refuse de renvoyer une affaire lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, on ne dispose d’aucun élément de preuve permettant d’établir une preuve *prima facie* de discrimination. Exiger qu’elle agisse autrement conduirait à la réalisation d’une enquête qui échouerait fort probablement, car en pareilles circonstances, le plaignant n’a pas été en mesure de rassembler les éléments de preuve pour étayer son allégation à l’étape de l’examen préalable, où le plaignant est tenu de fournir des éléments de preuve pour justifier un renvoi. Le renvoi de ces affaires au Tribunal, en particulier lorsque la Commission n’a pas besoin de participer à l’audience devant le Tribunal, exercerait une pression indue sur des ressources décisionnelles limitées et limiterait l’accès à la justice pour un grand nombre des plaignants dont la plainte est valable et qui devront attendre plus longtemps avant qu’elle ne soit jugée. En fin de compte, la question de savoir si une affaire précise soulève des questions et des éléments de preuve suffisants pour justifier une enquête est à la fois de nature essentiellement politique et intrinsèquement factuelle. Il appartient à la Commission, et non à la Cour, de rendre une décision à cet égard.

[67] Bien que le caractère définitif d’une décision de rejeter une plainte signifie que la décision a une incidence importante sur le plaignant, ce facteur, en soi, ne fait pas d’un contrôle selon la norme de la décision raisonnable un contrôle selon la norme de la décision correcte. Comme l’a fait remarquer le juge Mainville, écrivant pour notre Cour dans l’arrêt *Keith c. Canada (Service correctionnel)*, 2012 CAF 117 [aux paragraphes 47 à 49] :

The decision of the Commission to dismiss a complaint under paragraph 44(3)(b) of the Act is a final decision made at an early stage, but in such case—contrary to a decision refusing to deal with a complaint under section 41—the decision is made with the benefit and in the light of an investigation pursuant to section 43. Such a decision should be reviewed on a reasonableness standard, but as was said in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 at paragraph 59, and recently reiterated in *Halifax* at paragraph 44, reasonableness is a single concept that “takes its colour” from the particular context. In this case, the nature of the Commission’s role and the place of the paragraph 44(3)(b) decision in the process contemplated by the Act are important aspects of that context, and must be taken into account in applying the reasonableness standard.

In my view, a reviewing court should defer to the Commission’s findings of fact resulting from the section 43 investigation, and to its findings of law falling within its mandate. Should these findings be found to be reasonable, a reviewing court should then consider whether the dismissal of the complaint at an early stage pursuant to paragraph 44(3)(b) of the Act was a reasonable conclusion to draw having regard to these findings and taking into account that the decision to dismiss is a final decision precluding further investigation or inquiry under the Act.

This formulation ensures that both the decision of the Commission and the process contemplated by the Act are treated with appropriate judicial deference having regard to the nature of a dismissal under paragraph 44(3)(b). The pre-*Dunsmuir* jurisprudence of this Court dealing with judicial review of Commission decisions dismissing complaints pursuant to paragraph 44(3)(b) of the Act supports such a formulation: *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392.

[68] Returning to the particulars of the instant case, in my view, it was reasonable for the Commission to have determined that there was insufficient evidence to support an inquiry. Such conclusion was open to it based on the facts and applicable law. There was no evidence of how Mr. Ennis’ claimed disabilities created a specific unaddressed need for housing nor, more importantly, of what housing he had been living in nor by whom it had been provided. Thus, it was open to the Commission to

La décision de la Commission de rejeter la plainte en vertu de l’alinéa 44(3)b de la Loi est une décision définitive qui intervient normalement dès les premières étapes, mais en pareil cas — contrairement à la décision par laquelle la Commission déclare la plainte irrecevable en vertu de l’article 41 —, la Commission rend sa décision à la lumière de l’enquête menée aux termes de l’article 43. Cette décision est assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable, mais, ainsi qu’il a été précisé dans l’arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 59, et récemment réitéré dans l’arrêt *Halifax*, au paragraphe 44, la raisonabilité constitue une notion unique qui « s’adapte » au contexte particulier. En l’espèce, la nature du rôle de la Commission et le rôle que joue la décision rendue en vertu de l’alinéa 44(3)b dans le cas du processus prévu par la Loi constituent des aspects importants de ce contexte dont il faut en tenir compte pour l’application de la norme de la décision raisonnable.

À mon avis, la cour de révision devrait s’en remettre aux conclusions de fait tirées par la Commission à l’issue de l’enquête qu’elle mène aux termes de l’article 43 ainsi qu’aux conclusions de droit que la Commission tire dans le cadre de son mandat. Si elle juge ces conclusions raisonnables, la cour de révision doit ensuite se demander si le rejet de la plainte dès le début du processus, en application de l’alinéa 44(3)b de la Loi, était une conclusion raisonnable à tirer compte tenu du fait que la décision de rejeter la plainte est une décision définitive qui empêche de poursuivre l’enquête ou l’examen de la plainte en vertu de la Loi.

Cette formulation garantit que la décision de la Commission et le processus prévu par la Loi font l’objet de la déférence judiciaire qui convient eu égard à la nature du rejet prévu à l’alinéa 44(3)b). La jurisprudence de notre Cour antérieure à l’arrêt *Dunsmuir* appuie cette idée pour ce qui est du contrôle judiciaire des décisions dans lesquelles la Commission rejette une plainte en application de l’alinéa 44(3)b de la Loi (*Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392).

[68] En revenant aux détails de l’espèce, il était raisonnable, à mon avis, que la Commission établisse qu’il n’y avait pas suffisamment d’éléments de preuve pour justifier une enquête. À la lumière des faits et du droit applicable, il lui était loisible de tirer une telle conclusion. Il n’y avait aucun élément de preuve sur la façon dont les déficiences alléguées de M. Ennis ont créé un besoin particulier en matière de logement non comblé et, plus important encore, sur le type de logement dans

have dismissed the portion of the complaint that was grounded on disability.

[69] Likewise, given the evidence put forward by INAC and the third-party managers as compared to the complete lack of evidence marshalled by the respondents to substantiate their allegations, it was open to the Commission to have determined that an inquiry was not warranted into the complaint on the grounds of race or ethnic origin. In short, there was no evidence to support the requisite nexus between the claimed grounds of discrimination and the lack of housing. Unlike the situation in *First Nations Caring Society*, there was no evidence in this case to indicate that the federal government had failed to provide substantively equal access to housing to Mr. Ennis analogous to that provided to non-indigenous people. With respect, the mention by the assessor that it was unclear what role third-party management played in housing supply is not evidence of the requisite nexus; contrary to what the Federal Court held, the Commission was not required to adopt the assessor's conclusion on this point.

[70] Similarly, the Commission was not required to refer the matter to the Tribunal merely because INAC would be a necessary party to any remedy. Were it otherwise, every case would need to be referred to the Tribunal.

[71] Thus, the conclusion reached by the Commission was open to it in light of the case before it.

[72] There is some suggestion in the Federal Court's reasons that the Commission's decision was unreasonable due to the failure to provide adequate reasons. There is no merit to this suggestion as the Commission in fact provided cogent reasons in support of its determination. Moreover, reasons need not be perfect. As noted by the majority in *Vavilov*, at paragraph 91, "[a] reviewing court must bear in mind that the written reasons given by an

lequel il vivait et sur la personne qui lui fournissait ce logement. Il était donc loisible à la Commission de rejeter la partie de la plainte qui était fondée sur l'existence d'une déficience.

[69] De même, étant donné qu'AANC et que les séquestres-administrateurs avaient présenté des éléments de preuve, tandis que les intimés n'avaient pas rassemblé suffisamment d'éléments de preuve pour étayer leurs allégations, il était loisible à la Commission d'établir qu'une enquête sur la plainte fondée sur la race ou l'origine ethnique n'était pas justifiée. En résumé, on ne disposait d'aucun élément de preuve pour étayer le lien nécessaire entre les motifs allégués de distinction et la pénurie de logements. Contrairement à la situation dans l'affaire *Société de soutien des Premières Nations*, on ne disposait d'aucun élément de preuve en l'espèce permettant d'indiquer que le gouvernement fédéral n'avait pas offert à M. Ennis un accès véritablement égal à des logements semblables à ceux proposés aux non-Autochtones. En toute déférence, la mention par l'évaluatrice du fait qu'il était difficile de savoir quel rôle la gestion par un séquestre-administrateur jouait dans la fourniture de logements ne constitue pas un élément de preuve du lien nécessaire. Contrairement à ce que la Cour fédérale a conclu, la Commission n'était pas tenue d'adopter la conclusion de l'évaluatrice sur ce point.

[70] De même, la Commission n'était pas tenue de renvoyer l'affaire au Tribunal simplement en raison du fait qu'AANC est une partie dont la présence serait nécessaire à l'étape de la réparation. S'il en était autrement, il serait nécessaire de renvoyer chaque affaire au Tribunal.

[71] Ainsi, à la lumière de l'affaire dont elle a été saisie, il était loisible à la Commission de tirer la conclusion à laquelle elle est parvenue.

[72] Les motifs de la Cour fédérale semblent indiquer que la décision de la Commission était déraisonnable, car elle n'a pas fourni des motifs suffisants. Il n'y a aucun fondement à cet argument, car la Commission a en fait fourni des motifs convaincants pour appuyer sa décision. En outre, il n'est pas nécessaire que les motifs soient parfaits. Comme l'a noté la majorité de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Vavilov*, au paragraphe 91, « [u]ne

administrative body must not be assessed against a standard of perfection.”

[73] The Federal Court therefore erred in concluding that the Commission’s decision was unreasonable.

#### B. *Procedural Fairness*

[74] I turn finally to the procedural fairness issue. The Federal Court, as noted, raised as an additional reason for its intervention the fact that it was procedurally unfair for the Commission to have not given Mr. Ennis advance notice that it intended to reach a different conclusion from that reached by the assessor.

[75] With respect, there is no merit in this position. A litigant is not entitled to advance notice of a likely adverse ruling nor to an opportunity to provide submissions based on a draft decision. Rather, in terms of disclosure, procedural fairness instead only normally requires that a decision maker not decide based on undisclosed evidence (*May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809, at paragraph 92) or base an adverse determination upon a new legal issue without giving the parties the opportunity to make submissions on the point (*IWA v. Consolidated Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, at pages 321 and 338, (1990), 68 D.L.R. (4th) 524; *Arsenault v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 179, 486 N.R. 268, at paragraphs 20–33). Neither occurred here.

[76] In the context of proceedings before the Commission, this Court has described procedural fairness requirements in *Canada (Attorney General) v. Davis*, 2010 FCA 134, 403 N.R. 355, at paragraph 6 as follows:

The Commission must act in accordance with natural justice. This requires that the investigation report upon which the Commission relies be neutral and thorough and that the parties be given an opportunity to respond to it: *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, [2006] 3

cour de révision doit se rappeler que les motifs écrits fournis par un organisme administratif ne doivent pas être jugés au regard d’une norme de perfection ».

[73] La Cour fédérale a donc commis une erreur en concluant que la décision de la Commission était déraisonnable.

#### B. *Équité procédurale*

[74] Je me pencherai finalement sur la question d’équité procédurale. Comme il est mentionné plus haut, la Cour fédérale a soulevé, comme motif supplémentaire de son intervention, le fait qu’il était inéquitable sur le plan procédural que la Commission n’ait pas fourni à M. Ennis un préavis indiquant qu’elle prévoyait tirer une autre conclusion que celle formulée par l’évaluatrice.

[75] En toute déférence, je ne trouve aucun fondement à cette thèse. Un plaideur n’a droit à aucun préavis à une décision probablement défavorable ou à aucune possibilité de présenter des observations au sujet d’un projet de décision. Normalement, l’équité procédurale, en ce qui concerne la divulgation, exige seulement qu’un décideur ne rende pas une décision en se fondant sur des éléments de preuve non divulgués (*May c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809, au paragraphe 92) ou qu’il ne fonde pas une décision défavorable sur une nouvelle question de droit, sans donner aux parties l’occasion de formuler des observations concernant cette question (*SITBA c. Consolidated Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, aux pages 321 et 338; *Arsenault c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 179, aux paragraphes 20 à 33). En l’espèce, aucune de ces situations ne s’est produite.

[76] Dans le contexte d’instances devant la Commission, notre Cour a décrit les exigences d’équité procédurale dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Davis*, 2010 CAF 134, au paragraphe 6, de la manière suivante :

La Commission doit se conformer aux principes de justice naturelle. Cette obligation signifie que le rapport d’enquête sur lequel elle se fonde doit être neutre et complet et qu’elle doit donner aux parties la possibilité d’y répondre : *Sketchley c. Canada (Procureur général)*,

F.C.R. 392 (F.C.A.) applying *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817.

2005 CAF 404 (C.A.F.), [2006] 3 R.C.F. 392, appliquant l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

[77] Similarly, the Federal Court has noted in *Deschênes v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 1126, 2010 CLLC 230-034, at paragraph 10:

.... Procedural fairness dictates that the parties be informed of the substance of the evidence obtained by the investigator which will be put before the Commission and that the parties be provided the opportunity to respond to this evidence and make all relevant representations in relation thereto: *SEPQA*, above; *Lusina v. Bell Canada*, 2005 FC 134, at paragraphs 30 and 31 (*Lusina*).

[78] These requirements were met in the instant case. Moreover, the parties were specifically put on notice, in the warning contained in the introduction to the assessor's report, that it was not binding. Mr. Ennis was therefore on notice that it was the Commission that would rule on whether his complaint ought to be referred to the Tribunal, and he was afforded the opportunity to make submissions to the Commission. In addition, it is clear from the Commission's reasons that it duly considered the submissions of all parties who made them.

[79] Thus, there was no denial of procedural fairness.

#### IV. Proposed Disposition

[80] In light of the foregoing, I would allow this appeal, set aside the judgment of the Federal Court, and rendering the judgment that it ought to have made, would dismiss Mr. Ennis' application for judicial review. As the appellant has not sought costs, I would award none, either before this Court or in the Federal Court.

PELLETIER J.A.: I agree.

NEAR J.A.: I agree.

[77] De même, la Cour fédérale a fait remarquer ce qui suit dans la décision *Deschênes c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 1126, au paragraphe 10 :

[...] L'équité procédurale requiert que les parties soient informées de l'essentiel de la preuve qui a été obtenue par l'enquêteur et qui sera déposée devant la Commission et que les parties aient la possibilité de réagir à cette preuve et de faire toutes les observations s'y rapportant : arrêt *SEPQA*, précité; *Lusina c. Bell Canada*, 2005 CF 134, aux paragraphes 30 et 31 (*Lusina*).

[78] En l'espèce, ces exigences ont été remplies. En outre, les parties ont été précisément informées, dans l'avertissement figurant dans l'introduction du rapport de l'évaluatrice, qu'il n'était pas contraignant. M. Ennis a donc été avisé que c'est la Commission qui déterminera si sa plainte devrait être renvoyée au Tribunal et on lui a donné la possibilité de présenter des observations à la Commission. De plus, il ressort clairement des motifs de la Commission qu'elle a dûment examiné les observations de toutes les parties qui les ont formulées.

[79] Ainsi, il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale.

#### IV. Règlement proposé

[80] À la lumière de ce qui précède, j'accueillerais le présent appel, j'annulerais le jugement de la Cour fédérale et, rendant le jugement qu'elle aurait dû rendre, je rejetterais la demande de contrôle judiciaire de M. Ennis. L'appelant n'ayant pas demandé de dépens, je n'en adjudgerais pas, tant devant notre Cour que devant la Cour fédérale.

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

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

TOP SECRET  
A-150-20  
2021 FCA 92

TRÈS SECRET  
A-150-20  
2021 CAF 92

**IN THE MATTER OF an application by [\*\*\*] for warrants pursuant to Sections 12 and 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C. 1985, c. C-23**

**DANS L’AFFAIRE d’une demande de mandats présentée par [\*\*\*] en vertu des articles 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23**

and

et

**IN THE MATTER OF Islamist Terrorism, [\*\*\*]**

**DANS L’AFFAIRE VISANT le terrorisme islamiste, [\*\*\*]**

***INDEXED AS: CANADIAN SECURITY INTELLIGENCE SERVICE ACT (CA) (RE)***

***RÉPERTORIÉ : LOI SUR LE SERVICE CANADIEN DU RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ (CA) (RE)***

Federal Court of Appeal, de Montigny, Laskin and Mactavish J.J.A.—Ottawa, February 9; May 12, 2021.

Cour d’appel fédérale, juges de Montigny, Laskin et Mactavish, J.C.A.—Ottawa, 9 février; 12 mai 2021.

Editor’s Note: Portions redacted by the Court are indicated by [\*\*\*].

Note de l’arrêtiŕiste : Les parties caviardées par la Cour sont indiquées par [\*\*\*].

*Security Intelligence — Appeal from Federal Court decision concluding that Canadian Security Intelligence Service (Service) breached duty of candour owed to Court in context of ex parte warrant application — Service seeking to obtain information with respect to threat posed by Canadians travelling to fight for Islamist groups — Paying individual known to be facilitating or carrying out terrorism — Bringing warrant application before Federal Court under Canadian Security Intelligence Service Act (Act), ss. 12, 21 — Testifying that aware those payments possibly illegal — Legal issues raised by warrant application including whether Service having duty to disclose possible contravention to Federal Court in context of warrant applications, source of that duty — Counsel for Attorney General conceding breach of duty of candour having occurred in three files — Federal Court finding Service breached duty of candour by failing to: (1) disclose that some information obtained using methods violating terrorist financing provisions; (2) seek waiver of solicitor-client privilege that attached to legal advice with respect to legality of collection methods — Attorney General contending that Federal Court erred in finding that counsel for Service having duty to proactively seek waiver of solicitor-client privilege — Whether Federal Court erred in finding that Service breached duty of candour owed to Court — Service not breaching duty of candour owed to Court — No evidence supporting Federal Court’s finding — All material facts disclosed — Legal issues of concern also appropriately flagged — Federal Court*

*Renseignement de sécurité — Appel interjeté d’une décision dans laquelle la Cour fédérale a statué que le Service canadien du renseignement de sécurité (Service) avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour dans le contexte d’une demande de mandats entendue ex parte — Le Service cherchait à obtenir des informations sur la menace que représentent des Canadiens qui se sont déplacés pour combattre dans les rangs de groupes islamistes — Il a versé des paiements à un individu connu pour faciliter ou effectuer des actes de terrorisme — Il a présenté à la Cour fédérale une demande de mandats en vertu des art. 12 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Loi) — Il a témoigné qu’il savait que ces paiements pouvaient être illégaux — Les questions juridiques découlant de la demande de mandats consistaient notamment à savoir si le Service avait l’obligation, dans le contexte d’une demande de mandats, de signaler à la Cour fédérale un possible acte illégal et de préciser la source d’une telle obligation — L’avocat du procureur général a reconnu qu’il y avait eu manquement à l’obligation de franchise dans trois dossiers — La Cour fédérale a conclu que le Service avait manqué à son obligation de franchise en omettant : 1) de lui communiquer que certaines des informations avaient été obtenues par des méthodes qui enfreignaient les dispositions sur le financement d’activités terroristes; 2) de demander une renonciation au secret professionnel de l’avocat relativement aux avis juridiques obtenus quant à la légalité des méthodes de collecte — Le procureur général a soutenu que la Cour fédérale a commis*



*prompted to conclude that Service breached its duty of candour because of its failure to recognize issue of illegality, raise it with Court — Federal Court entitled to come to that conclusion with respect to earlier warrant application, but erred in applying same conclusion to warrant application in present case — Federal Court wrong to infer that duty of candour requiring counsel to appear on behalf of Service to seek waiver of solicitor-client privilege prior to appearing before Court — Waiving solicitor-privilege as quid pro quo for asking Court to make exceptional ruling, admit illegally-gathered evidence in support of warrant request unjustifiable, dangerous incursion into solicitor-client privilege — Requiring counsel to seek waiver risking disincentive for Service to seek candid legal advice — This antithetical to preservation of rule of law in context of intelligence activities — Solicitor-client privilege subject to few exceptions — Parliament having to abrogate or curtail privilege in clear, precise, unequivocal language — Service not deemed to have voluntarily waived solicitor-client privilege merely by relying upon illegally gathered evidence in support of its warrant application — Damage to rule of law worse if Service routinely required to disclose its legal advice rather than being allowed to rely on privilege — Service must be able to seek frank legal advice — Courts should not peek behind veil of solicitor-client privilege to assess Service's state of mind — Appeal allowed.*

*Barristers and Solicitors — Solicitor-client privilege — Federal Court concluding that Canadian Security Intelligence Service (Service) breached duty of candour owed to Court in context of ex parte warrant application by failing to seek waiver of solicitor-client privilege that attached to legal advice with respect to legality of collection methods — Federal Court wrong to infer that duty of candour requiring counsel to appear on behalf of Service to seek waiver of solicitor-client privilege prior to appearing before Court — Waiving solicitor-privilege as quid pro quo for asking Court to make exceptional ruling,*

*une erreur lorsqu'elle a conclu que l'avocat du Service était tenu de demander de façon proactive une renonciation au secret professionnel de l'avocat — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a conclu à tort que le Service avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour — Le Service n'a pas manqué à son obligation de franchise envers la Cour — La preuve n'abondait pas dans le sens de la conclusion de la Cour fédérale — Les faits importants ont tous été communiqués — Les questions juridiques préoccupantes ont aussi été dûment signalées — L'omission, par le Service, de reconnaître le problème d'illégalité et de le signaler à la Cour fédérale a mené cette dernière à conclure que le Service avait manqué à son obligation de franchise — La Cour fédérale pouvait en arriver à cette conclusion relativement à une demande antérieure, mais appliquer la même conclusion à la demande dans la présente affaire était une erreur — La Cour fédérale a conclu à tort que l'obligation de franchise exigeait de l'avocat représentant le Service qu'il demande une renonciation au secret professionnel de l'avocat avant de se présenter devant la Cour — La renonciation au secret professionnel de l'avocat comme contrepartie au fait de demander à la Cour de rendre une décision ayant un caractère exceptionnel et d'admettre des éléments de preuve recueillis illégalement en appui à une demande de mandats entraînerait une atteinte injustifiable et dangereuse au secret professionnel de l'avocat — Exiger d'un avocat qu'il demande une renonciation risque de dissuader le Service de demander des avis juridiques francs — Une telle exigence va à l'encontre du maintien de la primauté du droit dans le contexte des activités de renseignement — Le secret professionnel de l'avocat souffre très peu d'exceptions — S'il souhaite supprimer ce privilège ou en atténuer la portée, le législateur doit en exprimer l'intention clairement, précisément et sans équivoque — Le Service n'est pas réputé avoir renoncé volontairement au secret professionnel de l'avocat en raison du simple fait d'avoir utilisé des éléments de preuve recueillis illégalement en appui à sa demande de mandats — Il est plus dommageable, pour la primauté du droit, que le Service soit régulièrement tenu de communiquer les avis juridiques qu'il reçoit plutôt que de pouvoir se prévaloir du secret professionnel de l'avocat — Le Service doit être en mesure de demander un avis juridique franc — Un tribunal ne devrait pas soulever le voile du secret professionnel de l'avocat pour évaluer l'état d'esprit du Service — Appel accueilli.*

*Avocats — Secret professionnel de l'avocat — La Cour fédérale a statué que le Service canadien du renseignement de sécurité (Service) avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour dans le contexte d'une demande de mandats entendue ex parte en omettant de demander une renonciation au secret professionnel de l'avocat relativement aux avis juridiques obtenus quant à la légalité des méthodes de collecte — La Cour fédérale a conclu à tort que l'obligation de franchise exigeait de l'avocat représentant le Service qu'il demande une renonciation au secret professionnel de l'avocat*

*admit illegally-gathered evidence in support of warrant request unjustifiable, dangerous incursion into solicitor-client privilege — Requiring counsel to seek waiver risking disincentive for Service to seek candid legal advice — This antithetical to preservation of rule of law in context of intelligence activities — Solicitor-client privilege subject to few exceptions — Parliament having to abrogate or curtail privilege in clear, precise, unequivocal language — Service not deemed to have voluntarily waived solicitor-client privilege merely by relying upon illegally gathered evidence in support of its warrant application — Damage to rule of law worse if Service routinely required to disclose its legal advice rather than being allowed to rely on privilege — Service must be able to seek frank legal advice — Courts should not peek behind veil of solicitor-client privilege to assess Service’s state of mind.*

This was an appeal from a Federal Court decision concluding that the Canadian Security Intelligence Service (the Service) had breached the duty of candour owed to the Court in the context of an *ex parte* warrant application.

The Service has for a number of years sought to obtain information with respect to the threat to the security of Canada posed by Canadians who have travelled to fight for Islamist groups. As part of its continuing efforts to obtain such information, the Service conducted an investigation during which it paid an individual known to be facilitating or carrying out terrorism. In 2018, the Service brought a warrant application before the Federal Court under sections 12 and 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* (Act). The question of the legality of these payments was raised at the hearing of that application. The Federal Court, however, issued the warrants as requested. The Service later brought a fresh warrant application before the Federal Court to address errors and omissions in the record. The Service testified that it was aware that paying money to an individual who was engaged in terrorist activity “could be viewed” as being illegal, and that it had “very serious implications”. The Federal Court worked with the parties to define the legal issues raised by the warrant application, including whether the Service had a duty to disclose a possible contravention of the law to the Federal Court, including a potential breach of the *Criminal Code*, in the context of warrant applications, and the source of that duty. During an

*avant de se présenter devant la Cour — La renonciation au secret professionnel de l’avocat comme contrepartie au fait de demander à la Cour de rendre une décision ayant un caractère exceptionnel et d’admettre des éléments de preuve recueillis illégalement en appui à une demande de mandats entraînerait une atteinte injustifiable et dangereuse au secret professionnel de l’avocat — Exiger d’un avocat qu’il demande une renonciation risque de dissuader le Service de demander des avis juridiques francs — Une telle exigence va à l’encontre du maintien de la primauté du droit dans le contexte des activités de renseignement — Le secret professionnel de l’avocat souffre très peu d’exceptions — S’il souhaite supprimer ce privilège ou en atténuer la portée, le législateur doit en exprimer l’intention clairement, précisément et sans équivoque — Le Service n’est pas réputé avoir renoncé volontairement au secret professionnel de l’avocat en raison du simple fait d’avoir utilisé des éléments de preuve recueillis illégalement en appui à sa demande de mandats — Il est plus dommageable, pour la primauté du droit, que le Service soit régulièrement tenu de communiquer les avis juridiques qu’il reçoit plutôt que de pouvoir se prévaloir du secret professionnel de l’avocat — Le Service doit être en mesure de demander un avis juridique franc — Un tribunal ne devrait pas soulever le voile du secret professionnel de l’avocat pour évaluer l’état d’esprit du Service.*

Il s’agissait d’un appel interjeté d’une décision dans laquelle la Cour fédérale a statué que le Service canadien du renseignement de sécurité (Service) avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour dans le contexte d’une demande de mandats entendue *ex parte*.

Depuis quelques années, le Service cherche à obtenir des informations sur la menace que représentent, pour la sécurité du Canada, des Canadiens qui se sont déplacés pour combattre dans les rangs de groupes islamistes. Dans le cadre des efforts qu’il déploie sans cesse pour obtenir de telles informations, le Service a mené une enquête au cours de laquelle il a versé des paiements à un individu connu pour faciliter ou effectuer des actes de terrorisme. En 2018, le Service a présenté à la Cour fédérale une demande de mandats en vertu des articles 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (Loi). La question de la légalité de ces paiements a été soulevée dans le cadre de l’audition de cette demande. Toutefois, la Cour fédérale a décerné les mandats demandés. Le Service a par la suite présenté une nouvelle demande de mandats à la Cour fédérale afin de régler les erreurs et les omissions dans le dossier. Il a témoigné qu’il savait que remettre de l’argent à une personne qui menait des activités terroristes « pouvait être perçu » comme un acte illégal, et que cela avait « des conséquences très graves ». La Cour fédérale et les parties ont travaillé de concert pour définir les questions juridiques découlant de la demande de mandats, notamment la question de savoir si le Service avait l’obligation, dans le contexte d’une

*banc* hearing of the designated judges of the Federal Court in February 2019, counsel for the Attorney General conceded that there had been a breach of the duty of candour in three files. The Federal Court concluded that the Service had breached the duty of candour that it owed to the Court based on its finding that the Service had failed to disclose that some of the information on which it relied in support of its warrant application had been obtained using methods that the Service knew likely violated the terrorist financing provisions of the *Criminal Code*, in particular section 83.03 of the *Criminal Code*. The Federal Court observed that such “institutional failures” suggested that it could not rely on the Service representatives appearing before it to be candid. The Federal Court found that whether the Service had illegally collected information that was being relied on to support a warrant application was highly relevant to the Court’s assessment of that information, and to the ultimate exercise of the Court’s discretion to grant or refuse the warrants. It also found, *inter alia*, that the Service counsel breached the duty of candour owed to the Court by failing to seek a waiver of the solicitor-client privilege that attached to the legal advice that had been obtained by the Service with respect to the legality of certain collection methods and the unavailability of the Crown immunity defence. As to the causes of the breach of the duty of candour, the Federal Court found that the breach was “symptomatic of broader, ongoing issues relating to the Service’s organizational and governance structure and perhaps institutional culture.” The Federal Court concluded by addressing the factors that it should consider in determining whether information connected to illegal activity should be admitted in support of a warrant application: the seriousness of the illegal activity; fairness; and the societal interest.

The Attorney General challenged the Federal Court’s finding that the Service had breached its duty of candour in failing to identify and disclose that information that was being relied upon had likely been derived from illegal activities. The Attorney General further contended that the Federal Court erred in finding that in the “unique circumstances” of this case, counsel for the Service had a duty to proactively seek a waiver of the solicitor-client privilege.

The overarching issue was whether the Federal Court erred in finding that the Service had breached the duty of candour that it owed to the Court.

demande de mandats, de signaler à la Cour fédérale un possible acte illégal, notamment une possible infraction au *Code criminel*, et de préciser la source d’une telle obligation. Au cours d’une audience en formation plénière tenue par les juges désignés de la Cour fédérale en février 2019, l’avocat du procureur général a reconnu qu’il y avait eu manquement à l’obligation de franchise dans trois dossiers. La Cour fédérale a conclu que le Service avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour après avoir constaté que le Service avait omis de lui communiquer que certaines des informations sur lesquelles il avait fondé sa demande de mandats avaient été obtenues par des méthodes qui, il en était conscient, enfreignaient vraisemblablement les dispositions du *Code criminel* sur le financement d’activités terroristes, plus particulièrement l’article 83.03 du *Code criminel*. La Cour fédérale a souligné que de telles « défaillances organisationnelles » donnaient à penser qu’elle ne pouvait pas tenir pour acquis que les représentants du Service qui se présentaient devant elle faisaient preuve de franchise. La Cour fédérale a conclu que la possibilité que le Service ait illégalement recueilli des informations utilisées en appui à une demande de mandats était un élément très pertinent, tant pour l’évaluation que faisait la Cour de ces informations que pour l’exercice de son pouvoir discrétionnaire quant à la délivrance des mandats. Elle a aussi conclu notamment que l’avocat du Service avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour en omettant de demander une renonciation au secret professionnel de l’avocat relativement aux avis juridiques obtenus par le Service quant à la légalité de certaines méthodes de collecte et à l’impossibilité d’invoquer l’immunité de l’État comme moyen de défense. En ce qui concerne les causes du manquement à l’obligation de franchise, la Cour fédérale a conclu que le manquement était « un symptôme de problèmes plus profonds et récurrents qui [avaient] trait à la structure du Service, à sa gouvernance et, peut-être à sa culture organisationnelle ». La Cour fédérale a ensuite abordé les facteurs dont elle devrait tenir compte pour déterminer si des informations découlant d’activités illégales pouvaient être utilisées en appui à une demande de mandats : la gravité de l’acte illégal; l’équité; et l’intérêt de la collectivité.

Le procureur général a contesté la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle le Service a manqué à son obligation de franchise en négligeant de reconnaître et de communiquer qu’il avait utilisé des informations découlant probablement d’activités illégales. Le procureur général a soutenu également que la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu’elle a conclu que, dans les « circonstances uniques » de l’affaire, l’avocat du Service était tenu de demander de façon proactive une renonciation au secret professionnel de l’avocat.

La question principale était de savoir si la Cour fédérale a conclu à tort que le Service avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour.

*Held*, the appeal should be allowed.

The Service did not breach the duty of candour it owed to the Court. When the Service seeks a warrant pursuant to section 21 of the Act, all material information should be disclosed. As a matter of law, information is material if it is relevant to the determination a judge must make in deciding whether to issue a warrant, and if so, on what terms. Material facts will be those that may be relevant to a designated judge in determining whether the criteria set forth in paragraphs 21(2)(a) and (b) have been met. It is therefore incumbent upon counsel and affiants appearing on behalf of the Service to provide every piece of information in their possession that could inform the judge's determinations with respect to both types of findings. The Federal Court's finding that the duty of candour was breached by the Service in this particular application was not supported by the evidence. Not only were all the material facts disclosed, but the legal issues that could be of concern to the Court were also appropriately flagged. In light of all the evidence and of the fact that the required affiants appeared voluntarily before the Court without any subpoenas being issued, it was difficult to say that the Service was not forthcoming or that it did not disclose all the material facts regarding the potentially unlawful activities from which the information supporting the application originated. It appears that what prompted the Federal Court to conclude that the Service breached its duty of candour was its failure to recognize the issue of illegality and to raise it with the Court. It was difficult to conceive how it could be said that the Service breached its duty of candour in failing to proactively identify and disclose its use of information likely derived from illegal activities in support of its application in different files. The Federal Court was obviously entitled to come to that conclusion with respect to an earlier application, but it was a palpable and overriding error in effect to amalgamate the two applications and to apply the same conclusion to the application herein.

It is uncontroversial that the rule of law must be observed in all security operations. What was novel, however, was the inference drawn by the Federal Court that the duty of candour, as a corollary to the respect for the rule of law, necessarily required counsel appearing on behalf of the Service to seek a waiver of solicitor-client privilege prior to appearing before the Court. This would permit counsel to inform the Court that the Service was aware of the illegal character of its collection activities based on the legal advice it had received. Waiving solicitor-privilege as the *quid pro quo* for asking the Court to make an exceptional ruling and to admit illegally-gathered evidence in support of a warrant request would result in an unjustifiable and dangerous incursion into the solicitor-client

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

Le Service n'a pas manqué à son obligation de franchise envers la Cour. Lorsqu'il demande un mandat en vertu de l'article 21 de la Loi, le Service doit communiquer toutes les informations importantes. En droit, est considérée comme « importante » toute information qui présente un intérêt pour le juge appelé à décerner les mandats, qu'elle ait trait à la décision elle-même ou aux conditions connexes, s'il y a lieu. Sont importants les faits qui pourraient permettre au juge désigné de déterminer si les critères établis aux alinéas 21(2)a) et b) ont été respectés. Partant, il incombe aux avocats et aux déposants qui représentent le Service de fournir au juge toute information qu'ils possèdent et qui peut l'aider à en arriver aux deux types de conclusions. La preuve n'abondait pas dans le sens de la conclusion de la Cour fédérale, qui a statué que le Service avait manqué à son obligation de franchise dans cette demande en particulier. Non seulement les faits importants ont-ils tous été communiqués, mais les questions juridiques susceptibles de préoccuper la Cour fédérale ont aussi été dûment signalées. Compte tenu de toute cette preuve et du fait que chacun des déposants s'est présenté devant la Cour de sa propre initiative, sans citation à comparaître, il était difficile d'affirmer que le Service n'était pas disposé à collaborer ou qu'il n'a pas communiqué l'ensemble des faits importants ayant trait aux activités peut-être illégales ayant donné lieu aux informations utilisées en appui à la demande. Il semble que l'omission, par le Service, de reconnaître le problème d'illégalité et de le signaler à la Cour fédérale ait été l'élément qui a mené cette dernière à conclure que le Service avait manqué à son obligation de franchise. Il était difficile d'imaginer comment il était possible d'affirmer que le Service avait manqué à son obligation de franchise en omettant de reconnaître et de communiquer, de façon proactive, qu'il avait utilisé des informations découlant probablement d'activités illégales en appui à la demande dans divers dossiers. De toute évidence, la Cour fédérale pouvait en arriver à cette conclusion relativement à une demande antérieure; toutefois, amalgamer les deux demandes et appliquer la même conclusion à la demande dans la présente affaire était, de fait, une erreur manifeste et dominante.

Il est nécessaire de respecter la primauté du droit dans toutes les opérations de sécurité. Cela ne soulève aucune controverse. Ce qui était nouveau, toutefois, c'était que la Cour fédérale a conclu que l'obligation de franchise, un corollaire du respect de la primauté du droit, exigeait de l'avocat représentant le Service qu'il demande une renonciation au secret professionnel avant de se présenter devant la Cour. Il serait ainsi en mesure d'aviser cette dernière que le Service avait connaissance du caractère illégal de ses activités de collecte sur le fondement des avis juridiques qu'il avait reçus. La renonciation au secret professionnel de l'avocat comme contrepartie au fait de demander à la Cour de rendre une décision ayant un caractère exceptionnel et d'admettre des éléments de preuve recueillis illégalement

privilege. Requiring counsel to seek a waiver from the Service relating to the legal advice it received concerning the potential illegality of its collection activities, even in what the Federal Court presented as “unique circumstances”, risks creating a disincentive for the Service to seek candid legal advice. This is antithetical to the preservation of the rule of law in the context of intelligence activities. Absent a valid waiver, the solicitor-client privilege is subject to very few exceptions. If Parliament seeks to abrogate or curtail the privilege, it must do so in clear, precise and unequivocal language. The Service should not be deemed to have voluntarily waived the solicitor-client privilege merely by relying upon illegally gathered evidence in support of its warrant application. It could not be said that the decision below did not involve an abrogation of the solicitor-client privilege because the Service always has a choice either not to use the illegally obtained evidence or to disclose the legal advice should it wish to use it. Such a proposition would bring to naught the privilege and deprive the Service of the protection of its solicitor-client communications. The damage to the rule of law could be much worse if the Service was routinely required to disclose its legal advice rather than being allowed to rely on the privilege and to resist any attempt to access that advice. The Service must be able to seek frank legal advice before embarking on any investigative operation that is often of the most sensitive nature. In the absence of exceptional circumstances, courts should not be able to peek behind the veil of solicitor-client privilege to assess the Service’s state of mind in conducting its operations, even if it would be relevant to the determination to be made. This is not to say that the Service’s state of mind is to be left out of the equation and should not be considered in assessing the seriousness of the illegality; only that it should be evaluated without relying on legal advice, admittedly on the basis of other, more indirect evidence. The Service’s decision to waive privilege in this particular file was not meant to be a statement of principle for the future. The Federal Court’s judgment that the Service breached the duty of candour was set aside.

en appui à une demande de mandats entraînerait une atteinte injustifiable et dangereuse au secret professionnel de l’avocat. Exiger d’un avocat qu’il demande au Service une renonciation au secret professionnel pour les avis juridiques obtenus sur la possible illégalité de ses activités de collecte, même dans ce que la Cour fédérale a présenté comme des « circonstances uniques », risque de dissuader le Service de demander des avis juridiques francs. Partant, une telle exigence va à l’encontre du maintien de la primauté du droit dans le contexte des activités de renseignement. En l’absence d’une renonciation valide, le secret professionnel de l’avocat souffre très peu d’exceptions. S’il souhaite supprimer ce privilège ou en atténuer la portée, le législateur doit en exprimer l’intention clairement, précisément et sans équivoque. Le Service ne devrait pas être réputé avoir renoncé volontairement au secret professionnel de l’avocat en raison du simple fait d’avoir utilisé des éléments de preuve recueillis illégalement en appui à sa demande de mandats. L’on ne pourrait dire que la décision ci-dessous n’a pas impliqué la levée du secret professionnel de l’avocat parce que le Service a toujours le choix de ne pas utiliser les éléments de preuve obtenus illégalement ou, s’il décide de le faire, de communiquer l’avis juridique. Une telle proposition réduirait à néant le secret professionnel de l’avocat et priverait de protection les communications du Service avec ses avocats. Il pourrait être bien plus dommageable, pour la primauté du droit, que le Service soit régulièrement tenu de communiquer les avis juridiques qu’il reçoit plutôt que de pouvoir se prévaloir du secret professionnel de l’avocat et s’opposer à toute tentative de consulter ces avis. Le Service doit être en mesure de demander un avis juridique franc avant de se lancer dans une opération d’enquête qui, souvent, est de nature très sensible. En l’absence de circonstances exceptionnelles, un tribunal ne devrait pas pouvoir soulever le voile du secret professionnel de l’avocat pour évaluer dans quel état d’esprit le Service mène ses opérations, même si cela lui serait utile pour se prononcer. Cela ne signifie pas qu’il y a lieu d’ignorer l’état d’esprit du Service pour ce qui est de déterminer la gravité de l’acte illégal, mais seulement qu’il est nécessaire de l’évaluer sans se fonder sur des avis juridiques, mais, il est vrai, en fonction d’autres éléments de preuve plus indirects. La décision du Service de renoncer au secret professionnel de l’avocat dans ce dossier ne se voulait pas une déclaration de principe pour l’avenir. La décision de la Cour fédérale selon laquelle le Service a manqué à son obligation de franchise a été annulée.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 8, 24(2).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 8, 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 83.03, 185, 196, 490.

*Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 12, 16, 21.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 83.03, 185, 196, 490.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

## CONSIDERED:

*X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, (1999), 171 D.L.R. (4th) 193; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3; *X (Re)*, 2013 FC 1275, [2015] 1 F.C.R. 635, aff'd 2014 FCA 249, [2015] 1 F.C.R. 684; *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, [1993] 8 W.W.R. 257; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, (1999), 169 D.L.R. (4th) 385; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary*, 2016 SCC 53, [2016] 2 S.C.R. 555; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *Three Rivers District Council & Ors v. Bank of England*, [2004] UKHL 48; *Stevens v. Canada (Prime Minister)*, [1998] 4 F.C. 89, (1998), 161 D.L.R. (4th) 85 (C.A.); *Waterford v. Australia* (1987), 163 C.L.R. 54 (H.C.); *R. v. Ahmad* (2008), 59 C.R. (6th) 308, 77 W.C.B. (2d) 804 (Ont. Sup. C.).

## REFERRED TO:

*Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Land* (1990), 55 C.C.C. (3d) 382 (Ont. H.C.J.); *R. v. Lee*, 2007 ABQB 767, [2008] 8 W.W.R. 317; *R. v. Ebanks*, [2007] O.J. No. 2412 (QL) (S.C.J.); *Roofmart Ontario Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2020 FCA 85, 448 D.L.R. (4th) 437; *Secure 2013 Group Inc. v. Tiger Calcium Services Inc.*, 2017 ABCA 316, 58 Alta. L.R. (6th) 209; *United States of America v. Friedland* (1996), 30 O.R. (3d) 568, [1996] O.J. No. 3375 (QL) (Gen. Div.); *Green v. Jernigan*, 2003 BCSC 1097, 18 B.C.L.R. (4th) 366; *Nafie v. Badawy*, 2015 ABCA 36, 381 D.L.R. (4th) 208; *Nexen Energy ULC v. ITP SA*, 2020 ABQB 83, [2020] A.J. No. 166 (QL); *British Columbia (Director of Civil Forfeiture) v. Angel Acres Recreation and Festival Property Ltd.*, 2010 BCCA 539, 12 B.C.A.C. 230; *TMR Energy Ltd. v. State Property Fund of Ukraine*, 2005 FCA 28, [2005] 3 F.C.R. 111; *Environmental Packaging Technologies, Ltd. v. Rudjuk*, 2012 BCCA 342, 326

*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3.  
*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 12, 16, 21.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*X (Re)*, 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *X (Re)*, 2013 CF 1275, [2015] 1 R.C.F. 635, conf. par 2014 CAF 249, [2015] 1 R.C.F. 684; *R. v. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *Three Rivers District Council & Ors v. Bank of England*, [2004] UKHL 48; *Stevens c. Canada (Premier ministre)*, [1998] 4 C.F. 89 (C.A.); *Waterford v. Australia* (1987), 163 C.L.R. 54 (H.C.); *R. v. Ahmad* (2008), 59 C.R. (6th) 308, 77 W.C.B. (2d) 804. (C. sup. Ont.)

## DÉCISIONS CITÉES :

*Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. v. Land* (1990), 55 C.C.C. (3d) 382 (H.C.J. de l'Ont.); *R. v. Lee*, 2007 ABQB 767, [2008] 8 W.W.R. 317; *R. v. Ebanks*, [2007] O.J. n° 2412 (QL) (C.S.J.); *Roofmart Ontario Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2020 CAF 85; *Secure 2013 Group Inc. v. Tiger Calcium Services Inc.*, 2017 ABCA 316, 58 Alta. L.R. (6th) 209; *United States of America v. Friedland* (1996), 30 O.R. (3d) 568, [1996] O.J. n° 3375 (QL) (Div. gén.); *Green v. Jernigan*, 2003 BCSC 1097, 18 B.C.L.R. (4th) 366; *Nafie v. Badawy*, 2015 ABCA 36, 381 D.L.R. (4th) 208; *Nexen Energy ULC v. ITP SA*, 2020 ABQB 83, [2020] A.J. n° 166 (QL); *British Columbia (Director of Civil Forfeiture) v. Angel Acres Recreation and Festival Property Ltd.*, 2010 BCCA 53, 12 B.C.A.C. 230; *TMR Energy Ltd. c. State Property Fund of Ukraine*, 2005 CAF 28, [2005] 3 R.C.F. 111; *Environmental Packaging Technologies, Ltd. v. Rudjuk*, 2012 BCCA 342, 326 B.C.A.C. 213; *Marciano*

B.C.A.C. 213; *Marciano (Séquestre de)*, 2012 QCCA 1881, [2012] R.J.Q. 2001; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, (1990), 60 C.C.C. (3d) 161; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33; *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163; *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299; *R. v. G.B. (application by Bogiatzis, Christodoulou, Cusato and Churchill)* (2003), 108 C.R.R. (2d) 294, [2003] O.J. No. 3335 (QL) (S.C.J.); *R. v. Luciano*, 2011 ONCA 89, 267 C.C.C. (3d) 16; *R. v. Spackman* (2008), 173 C.R.R. (2d) 333, [2008] O.J. No. 2722 (QL) (S.C.J.); *X (Re)*, 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *R. v. Mahmood*, 2011 ONCA 693, 107 O.R. (3d) 641; *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263, (1993), 84 C.C.C. (3d) 161; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574; *Greenough v. Gaskell* (1833), 39 E.R. 618, 1 My. & K. 98 (Ch. Div.); *Anderson v. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644.

## AUTHORS CITED

Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. *Second Report: Freedom and Security under the Law*, Ottawa: Privy Council Office, 1981 (Chair: D. C. McDonald).

Department of Justice. Report of Murray D. Segal, *Review of CSIS Warrant Practice*, December 2016.

Dodek, Adam M. *Solicitor-Client Privilege*. Toronto: LexisNexis, 2014.

Federation of Law Societies of Canada. *Model Code of Professional Conduct*, as amended October 19, 2019.

Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 5th ed. Toronto: Lexis Nexis, 2018.

Monahan, Patrick J. “‘In the Public Interest’: Understanding the Special Role of the Government Lawyer” (2013), 63 *S.C.L.R.* (2d) 43.

Zuckerman, Adrian. *Civil Procedure: Principles of Practice*, London: Thompson/Sweet & Maxwell, 2006.

APPEAL from a decision of the Federal Court (2020 FC 616, [2021] 1 F.C.R. 417) concluding that the Canadian Security Intelligence Service had breached the duty of candour it owed to the Court in the context of an *ex parte* warrant application. Appeal allowed.

(*Séquestre de*), 2012 QCCA 1881, [2012] R.J.Q. 2001; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33; *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163; *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299; *R. v. G.B. (application by Bogiatzis, Christodoulou, Cusato and Churchill)* (2003), 108 C.R.R. (2d) 294, [2003] O.J. n° 3335 (QL) (C.S.J.); *R. v. Luciano*, 2011 ONCA 89, 267 C.C.C. (3d) 16; *R. v. Spackman* (2008), 173 C.R.R. (2d) 233, [2008] O.J. n° 2722 (QL) (C.S.J.); *X (Re)*, 2018 CF 738, [2019] 1 R.C.F. 567; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *R. v. Mahmood*, 2011 ONCA 693, 107 O.R. (3d) 641; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574; *Greenough v. Gaskell* (1833), 39 E.R. 618, 1 My. & K. 98 (Ch. Div.); *Anderson v. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644.

## DOCTRINE CITÉE

Commission d’enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. *Deuxième rapport : La liberté et la sécurité devant la loi*, Ottawa : Bureau du Conseil privé, 1981 (Président : D. C. McDonald).

Dodek, Adam M. *Solicitor-Client Privilege*. Toronto : LexisNexis, 2014.

Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada. *Code type de déontologie professionnelle* (tel que modifié le 19 octobre 2019).

Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant et Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 5<sup>e</sup> éd. Toronto : Lexis Nexis, 2018.

Ministère de la Justice. Rapport de Murray D. Segal, *Examen du processus de demande de mandats au SCRS*, décembre 2016.

Monahan, Patrick J. « “In the Public Interest” : Understanding the Special Role of the Government Lawyer » (2013), 63 *S.C.L.R.* (2d) 43.

Zuckerman, Adrian. *Civil Procedure : Principles of Practice*, London : Thompson/Sweet & Maxwell, 2006.

APPEL interjeté d’une décision dans laquelle la Cour fédérale (2020 CF 616, [2021] 1 R.C.F. 417) a statué que le Service canadien du renseignement de sécurité avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour dans le contexte d’une demande de mandats entendue *ex parte*. Appel accueilli.

## APPEARANCES

*Robert Frater, Owen Rees and Jennifer Poirier* for appellant.  
*Gordon Cameron and Matthew Gourlay* as amici curiae.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Gordon Cameron and Matthew Gourlay* as amici curiae.

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

DE MONTIGNY AND MACTAVISH J.J.A.:

## Table of Contents

	Paragraph
I. Background.....	4
A. The Terrorist Financing Provisions of the <i>Criminal Code</i> .....	5
B. The Investigation .....	7
C. The Warrant Application in [***Case A***] .....	12
D. The Warrant Application in [***Case B***] .....	20
E. The Appointment of the <i>Amici</i> .....	28
F. The October 2018 Hearings before Justice Gleeson.....	29
G. The Formulation of the Legal Issues.....	38
H. Possible Illegalities Disclosed in Relation to Other Warrant Applications .....	43
I. The Filing of Additional Evidence in [***Case B***] and the Disclosure of Legal Opinions.....	52
J. The February 21, 2019 <i>En Banc</i> Hearing.....	66

## ONT COMPARU :

*Robert Frater, Owen Rees et Jennifer Poirier* pour l'appelant.  
*Gordon Cameron et Matthew Gourlay* à titre d'amici curiae.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*La sous-procureure générale du Canada* pour l'appelant.  
*Gordon Cameron et Matthew Gourlay* à titre d'amici curiae.

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

LES JUGES DE MONTIGNY ET MACTAVISH, J.C.A. :

## Table des matières

	Paragraphe
I. Contexte .....	4
A. Dispositions du <i>Code criminel</i> sur le financement d'activités terroristes.....	5
B. Enquête .....	7
C. Demande de mandats [***Dossier A***] .....	12
D. Demande de mandats [***Dossier B***].....	20
E. Nomination des <i>amici curiae</i> .....	28
F. Audiences d'octobre 2018 devant le juge Gleeson.....	29
G. Formulation des questions juridiques.....	38
H. Cas possibles d'illégalité ayant trait à d'autres demandes de mandats ...	43
I. Présentation de nouveaux éléments de preuve dans le [***Dossier B***] et communication d'avis juridiques.....	52
J. Audience en formation plénière du 21 février 2019 .....	66



<ul style="list-style-type: none"> <li>K. Events Following the <i>En Banc</i> Hearing and the Issuance of the Warrants in [***Case B***]..... 75</li> <li>L. The “Common Issues Hearings”... 80</li> <li>II. Justice Gleeson’s Decision..... 88 <ul style="list-style-type: none"> <li>A. The Duty of Candour and the Illegality Issue..... 90</li> <li>B. Whether Duty of Candour Required that the Service Proactively Disclose Legal Advice to the Court ..... 96</li> <li>C. The Causes of the Breach of the Duty of Candour ..... 103</li> <li>D. The Factors to be Considered in Assessing whether Information Connected to Illegal Conduct Should be Admitted in Support of a Warrant Application ..... 112</li> </ul> </li> <li>III. Issues..... 116 <ul style="list-style-type: none"> <li>A. The Duty of Candour ..... 120</li> <li>B. Solicitor-Client Privilege ..... 156</li> </ul> </li> <li>IV. Conclusion ..... 192</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>K. Événements consécutifs à l’audience de février 2019 et à la délivrance des mandats [***Dossier B***]..... 75</li> <li>L. Audiences sur les questions d’intérêt commun ..... 80</li> <li>II. Décision du juge Gleeson ..... 88 <ul style="list-style-type: none"> <li>A. Obligation de franchise et problème d’illégalité..... 90</li> <li>B. Possibilité qu’en raison de l’obligation de franchise, le Service ait été tenu de communiquer des avis juridiques à la Cour fédérale de façon proactive ..... 96</li> <li>C. Causes du manquement à l’obligation de franchise ..... 103</li> <li>D. Facteur à prendre en considération pour déterminer s’il y a lieu d’utiliser des informations découlant d’actes illégaux en appui à une demande de mandats ..... 112</li> </ul> </li> <li>III. Questions..... 116 <ul style="list-style-type: none"> <li>A. Obligation de franchise ..... 120</li> <li>B. Secret professionnel de l’avocat ... 156</li> </ul> </li> <li>IV. Conclusion ..... 192</li> </ul>
--	---

[1] Before the Court is an appeal from a decision of Justice Gleeson, sitting as a designated judge of the Federal Court (reported as *Canadian Security Intelligence Services Act (Re)*, 2020 FC 616, [2021] 1 F.C.R. 417). Justice Gleeson concluded that the Canadian Security Intelligence Service (the Service) had breached the duty of candour it owed to the Court in the context of an *ex parte* warrant application. The Federal Court came to this conclusion based on its finding that the Service had failed to disclose that some of the information on which it relied in support of its warrant application had been obtained using methods that the Service knew likely violated the terrorist financing provisions of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (the *Criminal Code*).

[2] The Attorney General of Canada submits that the Federal Court erred in finding that the Service had breached its duty of candour in relation to this application, and that all of the relevant material facts had been put before the Court in this case. The Court further erred,

[1] La Cour est saisie de l’appel interjeté d’une décision (*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2020 CF 616, [2021] 1 R.C.F. 417) du juge Gleeson, juge désigné de la Cour fédérale, dans laquelle il a statué que le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS ou Service) avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour fédérale dans le contexte d’une demande de mandats entendue *ex parte*. La Cour fédérale est arrivée à cette conclusion après avoir constaté que le Service avait omis de lui communiquer que certaines des informations sur lesquelles il avait fondé sa demande de mandats avaient été obtenues par des méthodes qui, il en était conscient, enfreignaient vraisemblablement les dispositions du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (*Code criminel*) sur le financement d’activités terroristes.

[2] Le procureur général du Canada (procureur général) soutient que la Cour fédérale a conclu à tort que le Service avait manqué à son obligation de franchise dans le cadre de la demande en question, et que tous les faits importants avaient été portés à son attention. Le

the Attorney General says, in finding that the duty of candour required that the Service proactively waive the solicitor-client privilege that attached to legal opinions provided to the Service with respect to the legality of operations such as the one in issue in this case.

[3] For the reasons that follow, we have concluded that the Federal Court erred in concluding that the Service breached its duty of candour because it did not disclose that some of the information in support of warrant application [\*\*\*Case B\*\*\*] was likely derived from illegal activities. We have further found that the Federal Court erred in finding that in “the unique circumstances of this case”, the duty of candour required counsel for the Service to have sought a waiver of solicitor-client privilege prior to appearing before the Court on this warrant application. Consequently, we would grant the appeal.

#### I. Background

[4] In order to put the issues raised by the Attorney General on this appeal into context, it is necessary to have an understanding of the law governing terrorist financing. It is also necessary to understand precisely how the proceedings before the Federal Court unfolded, what were the issues before the Court in the warrant application that resulted in the decision under appeal [\*\*\*Case B\*\*\*] and the history of this and other matters as they relate to the Service’s efforts to obtain warrants against targets of their investigations.

##### A. *The Terrorist Financing Provisions of the Criminal Code*

[5] In the wake of the terrorist attacks in the United States on September 11, 2001, the *Criminal Code* was amended to expressly prohibit the financing of terrorists and terrorist entities. Of particular concern in this case is section 83.03 of the *Criminal Code*, which makes it an indictable offence to provide financial assistance to individuals knowing that it will be used for the purpose of facilitating or carrying out terrorist activities.

procureur général ajoute que la Cour fédérale a aussi conclu à tort qu’en raison de l’obligation de franchise, le Service était tenu de renoncer de façon proactive au secret professionnel de l’avocat relativement aux avis juridiques qui lui sont donnés quant à la légalité d’opérations comme celle en cause.

[3] Pour les motifs exposés ci-dessous, la Cour conclut que la Cour fédérale a statué à tort que le Service avait manqué à son obligation de franchise en négligeant de lui communiquer que certaines informations utilisées à l’appui de la demande de mandats [\*\*\*Dossier B\*\*\*] avaient probablement été obtenues au moyen d’activités illégales. La Cour conclut également que la Cour fédérale a statué à tort qu’en raison de l’obligation de franchise, dans « les circonstances uniques de l’affaire », les avocats du Service étaient tenus de demander une renonciation au secret professionnel avant de se présenter devant la Cour fédérale pour présenter la demande de mandats. Partant, la Cour accueille l’appel.

#### I. Contexte

[4] Afin de mettre en contexte les questions soulevées en l’espèce par le procureur général, il est nécessaire de comprendre les dispositions législatives qui s’appliquent au financement d’activités terroristes. Il est aussi nécessaire de comprendre avec précision le déroulement de l’instance à la Cour fédérale, les questions soulevées dans le cadre de la demande de mandats qui ont mené à la décision portée en appel [\*\*\*Dossier B\*\*\*], ainsi que l’historique de la cause et d’autres affaires relatives aux efforts que déploie le Service pour obtenir des mandats contre les cibles de ses enquêtes.

##### A. *Dispositions du Code criminel sur le financement d’activités terroristes*

[5] Dans la foulée des attentats terroristes perpétrés le 11 septembre 2001 aux États-Unis, le *Code criminel* a été modifié de manière à interdire expressément le financement d’activités et d’entités terroristes. En l’espèce, l’article 83.03 du *Code criminel* revêt une importance particulière; selon cet article, est coupable d’un acte criminel quiconque offre de l’argent à une personne en sachant qu’elle l’utilisera pour mener une activité terroriste ou pour faciliter une telle activité.

[6] There appears to be no dispute that the [\*\*\*] targets of the Service’s investigation named in the [\*\*\*Case B\*\*\*] application were involved in terrorist activities [\*\*\*]. What is in issue is the potential illegality of the payments and material support that was provided to [\*\*\*] by the Service, and the significance that this had for the warrant application.

### B. *The Investigation*

[7] The Service has for a number of years sought to obtain information with respect to the threat to the security of Canada posed by Canadians who have travelled [\*\*\*] to fight for Islamist groups [\*\*\*] Such individuals are known as “extremist travellers”.

[8] The Service has faced significant challenges in obtaining information with respect to extremist travellers [\*\*\*]

[9] As part of its continuing effort to obtain information with respect to extremist travellers, [\*\*\*] the Service decided to [\*\*\*conduct an investigation, during which it paid an individual known to be facilitating or carrying out terrorism [\*\*\*]

[10] [\*\*\*]

[11] [\*\*\*]

### C. *The Warrant Application in [\*\*\*Case A\*\*\*]*

[12] In furtherance of its investigation regarding extremist travellers, in March of 2018, the Service brought a warrant application before the Federal Court under sections 12 and 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (the Act [or the CSIS Act]). The Service was seeking a variety of warrant powers with respect to [\*\*\*] on the basis that they posed a threat to the security of Canada (file number [\*\*\*Case A\*\*\*]).

[13] Some of the information being relied on by the Service in support of its warrant application had been obtained as a result of the [\*\*\*investigation\*\*\*]. The

[6] Personne ne semble mettre en doute que les [\*\*\*] cibles de l’enquête du Service mentionnées dans la demande de mandats [\*\*\*Dossier B\*\*\*] étaient impliquées dans des activités terroristes [\*\*\*]. La question porte plutôt sur la possible illégalité des paiements versés et de l’appui matériel fourni par le Service [\*\*\*] ainsi que sur l’incidence de cette possibilité sur la demande de mandats.

### B. *Enquête*

[7] Depuis quelques années, le Service cherche à obtenir des informations sur la menace que représentent, pour la sécurité du Canada, les « voyageurs extrémistes », c’est-à-dire des Canadiens qui se sont rendus [\*\*\*] pour y combattre dans les rangs de groupes islamistes [\*\*\*]

[8] Le Service a beaucoup de mal à obtenir des informations sur les voyageurs extrémistes [\*\*\*]

[9] [\*\*\*] dans le cadre des efforts qu’il déploie sans cesse pour obtenir des informations sur les voyageurs extrémistes, le Service a décidé [\*\*\*de mené une enquête. Au cours de cette enquête, le Service a versé des paiements à un individu connu pour faciliter ou effectuer des actes de terrorisme\*\*\*]

[10] [\*\*\*]

[11] [\*\*\*]

### C. *Demande de mandats [\*\*\*Dossier A\*\*\*]*

[12] En mars 2018, dans le cadre de son enquête sur les voyageurs extrémistes, le Service a présenté à la Cour fédérale une demande de mandats en vertu des articles 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (Loi). Le Service demandait divers pouvoirs à exercer contre [\*\*\*] qui, à son avis, représentaient une menace pour la sécurité du Canada [Dossier A].

[13] Certaines informations sur lesquelles le Service a fondé sa demande de mandats découlaient [\*\*\*de l’enquête\*\*\*]. L’affidavit présenté à la Cour fédérale en

affidavit filed with the Federal Court in support of the warrant application described the [\*\*\*investigation and payments\*\*\*] There was, however, nothing in the materials filed by the Service in [\*\*\*Case A\*\*\*] to suggest that the payments [\*\*\*] may have been illegal, or that some of the information being relied upon in support of the warrant application may have been illegally obtained.

[14] The [\*\*\*Case A\*\*\*] warrant application was heard by Justice Noël on April [\*\*\*] 2018. In the course of questioning the affiant, Justice Noël asked about the payments made [\*\*\*] The affiant advised Justice Noël that [\*\*\*the service had provided payments over a few years to an individual or individuals known to be facilitating or carrying out terrorism.\*\*\*]

[15] There was nothing in counsel's submissions to Justice Noël, or in the affiant's affidavit or her initial testimony, to suggest that there was anything potentially illegal about the payments that the Service had made [\*\*\*] Counsel representing the Service at the April [\*\*\*] 2018 hearing subsequently explained that he had not brought the potential illegality of the payments to the attention of the Court as he was not aware of the terrorist financing provisions of the *Criminal Code* when he prepared the application materials and appeared before the Court in [\*\*\*Case A\*\*\*].

[16] It was only towards the end of Justice Noël's questions regarding the payments [\*\*\*] that the question of the legality of these payments was raised by Justice Noël himself. When the affiant and counsel were unable to provide information to address certain concerns of Justice Noël, undertakings were given to provide further information in this regard. Justice Noël did, however, issue the warrants as requested, based largely on the strength of information obtained from [\*\*\*] without consideration of the evidence obtained through [\*\*\*the collection methods he had questioned\*\*\*].

[17] Following a series of exchanges between counsel and the Court, a case management conference was held by Justice Noël on May 31, 2018, with new counsel now representing the Service. During this conference, counsel

appui à la demande décrivait [\*\*\*l'enquête et les paiements\*\*\*] Toutefois, rien dans les documents déposés par le Service dans le [\*\*\*Dossier A\*\*\*] ne laissait entendre que les paiements versés pouvaient avoir été illégaux ni que certaines des informations utilisées en appui à la demande de mandats pouvaient avoir été obtenues illégalement.

[14] Le [\*\*\*] avril 2018, le juge Noël a entendu la demande de mandats [\*\*\*Dossier A\*\*\*]. Le juge a interrogé la déposante sur les paiements versés [\*\*\*]. Selon elle, [\*\*\*Le Service a versé des paiements pendant quelques années à un individu ou des individus connus pour faciliter ou effectuer des actes de terrorisme.\*\*\*]

[15] Rien dans les observations présentées par l'avocat au juge Noël, dans l'affidavit de la déposante, ni dans son témoignage initial ne donnait à penser qu'il pouvait y avoir eu quelque chose d'illégal quant aux paiements versés [\*\*\*] par le Service. Par la suite, l'avocat qui représentait le Service à l'audience du [\*\*\*] avril 2018 a expliqué qu'il n'avait pas porté à l'attention de la Cour fédérale le possible caractère illégal des paiements, car il ne connaissait pas les dispositions du *Code criminel* sur le financement d'activités terroristes lorsqu'il avait préparé les documents relatifs à la demande et s'était présenté devant la Cour fédérale dans le [\*\*\* Dossier A\*\*\*].

[16] Ce n'est que vers la fin de son interrogatoire sur les paiements versés [\*\*\*] que le juge Noël a soulevé la question de leur légalité. Des démarches ont été entreprises pour lui donner les informations répondant à certaines de ses préoccupations à cet égard, puisque la déposante et l'avocat n'ont pas été en mesure de le faire séance tenante. Toutefois, le juge Noël a décerné les mandats demandés, en grande partie sur la foi d'informations obtenues de [\*\*\*] sans tenir compte des éléments de preuve découlant [\*\*\*des méthodes de collecte qu'il avait remises en question\*\*\*].

[17] Le 31 mai 2018, par suite d'une série d'échanges entre l'avocat et la Cour fédérale, le juge Noël a tenu une conférence de gestion d'instance à laquelle un nouvel avocat représentait le Service. L'avocat a reconnu la

for the Service acknowledged that the questions that had been raised by Justice Noël during the April [\*\*\*] 2018 hearing were both valid and important. Counsel suggested, however, that the questions would be better determined on the basis of a more complete record. Consequently, counsel proposed that the Service ‘start from zero’ by bringing a fresh warrant application, supported by an affidavit from a different affiant — one who would provide the evidentiary record necessary to address the lingering concerns on the part of Justice Noël.

[18] In the course of the discussions surrounding the Service’s proposal, Justice Noël voiced his concern that the payments that had been made [\*\*\*] by the Service potentially violated the terrorist financing provisions of the *Criminal Code*. This was the first time that a concern with respect to the possible violation of section 83.03 of the *Criminal Code* was expressly articulated by anyone in connection with [\*\*\*Case A\*\*\*].

[19] The Service’s suggestion that it start over by bringing a fresh warrant application was reiterated in a June 6, 2018, letter to the Court. Counsel acknowledged in that letter that there had been errors and omissions in the record that had been put before the Court in [\*\*\*Case A\*\*\*] and that these would be addressed in the new application. Justice Noël accepted the Service’s proposal as a way of dealing with the Court’s outstanding concerns.

#### D. *The Warrant Application in [\*\*\*Case B\*\*\*]*

[20] Justice Gleeson was subsequently assigned to deal with the fresh warrant application. He held a case management conference with counsel for the Service on July 4, 2018, in anticipation of the Service bringing its new application. The purpose of this conference was to identify the Court’s continuing areas of concern, to provide counsel for the Service with an opportunity to detail a proposed way forward in addressing the outstanding areas of concern, and to allow the Court to assess whether the appointment of an *amicus curiae* would be appropriate in this case.

[21] In the course of the case management conference, Justice Gleeson asked that any new warrant application deal with the legal issues that had been raised

validité et l’importance des questions soulevées par le juge Noël à l’audience du [\*\*\*] avril 2018, mais a laissé entendre, toutefois, qu’un dossier plus complet permettrait de mieux les circonscrire. Partant, il a proposé que le Service recommence depuis le début et présente une nouvelle demande de mandats appuyée par un affidavit d’un autre déposant, qui fournirait les données probantes permettant de répondre aux préoccupations persistantes du juge Noël.

[18] Au cours des discussions portant sur la proposition du Service, le juge Noël a exprimé sa préoccupation quant à la possibilité que les paiements versés [\*\*\*] par le Service aient contrevenu aux dispositions du *Code criminel* sur le financement d’activités terroristes. Il s’agissait de la première fois que quiconque évoquait expressément la possibilité d’une infraction à l’article 83.03 du *Code criminel* relativement au [\*\*\*Dossier A\*\*\*].

[19] Le 6 juin 2018, dans une lettre à la Cour fédérale, le Service a réitéré sa suggestion de reprendre le tout du début et de présenter une nouvelle demande de mandats. Dans la lettre, l’avocat a reconnu que les documents présentés à la Cour fédérale dans le [\*\*\*Dossier A\*\*\*] comportaient des erreurs et des omissions que la nouvelle demande corrigerait. Le juge Noël a accepté la proposition du Service, qui était une manière de répondre aux préoccupations persistantes de la Cour fédérale.

#### D. *Demande de mandats [\*\*\*Dossier B\*\*\*]*

[20] Le juge Gleeson a été saisi de la nouvelle demande de mandats, en vue de laquelle il a tenu une conférence de gestion d’instance avec l’avocate du Service le 4 juillet 2018. Il s’agissait alors de cerner les questions qui préoccupaient encore la Cour fédérale, de donner à l’avocate du Service la possibilité de proposer une manière de procéder pour les régler, et de permettre à la Cour fédérale d’évaluer s’il y avait lieu de nommer un *amicus curiae*.

[21] Au cours de cette conférence, le juge Gleeson a demandé à ce que toute nouvelle demande de mandats règle les questions juridiques soulevées dans le

in [\*\*\*Case A\*\*\*] but that the new warrant application not be linked to [\*\*\*Case A\*\*\*] and that it “stand on its own”.

[22] One legal issue that Justice Gleeson identified during the case management conference was the legality of the Service’s [\*\*\*investigation\*\*\*] and the potential contravention of the terrorist financing provisions of the *Criminal Code* by Service personnel. Justice Gleeson also noted his concern as to whether information obtained [\*\*\*] that was being relied upon by the Service had been legally obtained, or potentially involved the commission of criminal offences.

[23] In the course of this case management conference, Justice Gleeson also reminded the Service of its obligation to bring unique or special circumstances in warrant applications to the attention of the Court.

[24] A fresh warrant application was filed by the Service on September [\*\*\*] 2018, as [\*\*\*Case B\*\*\*] A motion was also brought by the Service to set aside the warrants issued by Justice Noël, in the event that the Court was prepared to issue new warrants in [\*\*\*Case B\*\*\*] so as to prevent there being overlapping warrants. In the meantime, the warrants issued by Justice Noël remained in effect so as to avoid any gaps in the Service’s operational capabilities.

[25] The [\*\*\*Case B\*\*\*] application was supported by an affidavit from [\*\*\*] an intelligence officer with the Service. [\*\*\*] affidavit contained similar information to that placed before Justice Noël in [\*\*\*Case A\*\*\*] but provided additional detail about [\*\*\*the collection methods he had questioned\*\*\*] and updated information regarding the payments and other forms of support that had been provided [\*\*\*] since Justice Noël had issued his warrants in April of 2018 [\*\*\*] affidavit also discussed the nature of the information that had been obtained [\*\*\*] and the importance of this information to the Service’s investigation of Canadian extremist travellers.

[26] [\*\*\*] advised that additional payments had been made [\*\*\*] between the time that the application in [\*\*\*Case A\*\*\*] was heard in April of 2018 and early

[\*\*\*Dossier A\*\*\*], mais qu’elle s’en distingue et n’y soit pas liée.

[22] Pendant la conférence, le juge Gleeson a soulevé la question de la légalité [\*\*\*de l’enquête\*\*\*] du Service [\*\*\*] et la possibilité que du personnel du Service ait enfreint les dispositions du *Code criminel* sur le financement d’activités terroristes. Le juge Gleeson a aussi fait part de ses préoccupations quant aux informations fournies [\*\*\*] et mises à contribution par le Service : avaient-elles été obtenues légalement ou, peut-être, par suite d’actes criminels?

[23] Au cours de la conférence, le juge Gleeson a aussi rappelé au Service son obligation de porter à l’attention de la Cour fédérale toute circonstance unique ou spéciale ayant trait aux demandes de mandats.

[24] Le [\*\*\*] septembre 2018, le Service a présenté une nouvelle demande de mandats, [\*\*\*Dossier B\*\*\*], ainsi qu’une requête en annulation des mandats décernés par le juge Noël. En effet, le Service souhaitait prévenir les chevauchements, si la Cour fédérale lui décernait de nouveaux mandats dans le [\*\*\*Dossier B\*\*\*]. Entre-temps, les mandats décernés par le juge Noël demeureraient en vigueur afin d’éviter tout hiatus dans les capacités opérationnelles du Service.

[25] La demande de mandats [\*\*\*Dossier B\*\*\*] s’accompagnait d’un affidavit [\*\*\*], agent de renseignement au Service. L’affidavit de [\*\*\*] contenait des informations similaires à celles qui avaient été présentées au juge Noël dans le [\*\*\*Dossier A\*\*\*], mais donnait d’autres détails sur [\*\*\*les méthodes de collecte qu’il avait remises en question\*\*\*] et faisait le point sur les paiements et les autres formes de soutien offert [\*\*\*] depuis la délivrance des mandats par le juge Noël en avril 2018. L’affidavit de [\*\*\*] traitait aussi de la nature des informations fournies [\*\*\*] et de leur importance pour l’enquête du Service sur les voyageurs extrémistes canadiens.

[26] Selon [\*\*\*] de nouveaux paiements entre l’audition de la demande [\*\*\*Dossier A\*\*\*] en avril 2018 et la présentation de la demande [\*\*\*Dossier B\*\*\*]

September of 2018, when the warrant application in [\*\*\*Case B\*\*\*] was filed. As of the date of his affidavit, [\*\*\*] stated that [\*\*\*] during this intervening period. [\*\*\*] further advised that [\*\*\*] and that the Service was seeking additional warrant powers to address this eventuality.

[27] Although there was nothing in [\*\*\*] affidavit regarding the potential illegality of the payments [\*\*\*] the covering letter from the Service's counsel accompanying the application referred to the question of the legality of the payments made [\*\*\*] In addition, all of the information in [\*\*\*] affidavit that was being relied upon by the Service in support of the warrant application that had been obtained through [\*\*\*collection methods questioned by Justice Noël\*\*\*] was highlighted.

#### E. *The Appointment of the Amici*

[28] By order dated September 19, 2018, Justice Gleeson appointed Messrs. Gordon Cameron and Matthew Gourlay to act as *amici* in [\*\*\*Case B\*\*\*] In a subsequent order, Justice Gleeson specified that the role of the *amici* would be to assist the Court in deciding the legal questions raised by the application.

#### F. *The October 2018 Hearings before Justice Gleeson*

[29] A hearing in [\*\*\*Case B\*\*\*] was held on October 18, 2018, during which [\*\*\*] testified before Justice Gleeson.

[30] [\*\*\*] explained that the Service had provided additional benefits [\*\*\*] during the period between the hearing in [\*\*\*Case A\*\*\*] in April of 2018, and the filing of the warrant application in [\*\*\*Case B\*\*\*] in September of 2018. [\*\*\*]

[31] [\*\*\*] testified that after the warrants were issued by Justice Noël in [\*\*\*] a payment [\*\*\*] was made to [\*\*\*Case A and Case B\*\*\*].

[32] To be clear: the payments [\*\*\*] occurred after Justice Noël raised the issue of the potential illegality of the payments [\*\*\*] at the April [\*\*\*] 2018 hearing,

au début de septembre de la même année. Il a affirmé qu'en date du dépôt de son affidavit, [\*\*\*] au cours de la période en question, [\*\*\*] En outre, selon [\*\*\*], et le Service cherchait à ce que les pouvoirs prévus par les mandats tiennent compte de cette possibilité.

[27] Même si l'affidavit de [\*\*\*] ne traitait pas de la possible illégalité des paiements [\*\*\*], la lettre d'accompagnement rédigée par l'avocate du Service abordait la question de leur légalité. Par ailleurs, l'affidavit mettait en relief toutes les informations découlant [\*\*\*des méthodes de collecte remises en question par le juge Noël\*\*\*] et utilisées par le Service en appui à la demande de mandats.

#### E. *Nomination des amici curiae*

[28] Le 19 septembre 2018, le juge Gleeson a nommé par ordonnance MM. Gordon Cameron et Matthew Gourlay à titre d'*amici curiae* pour le [\*\*\*Dossier B\*\*\*]. Dans une ordonnance subséquente, le juge Gleeson a précisé que les *amici* auraient pour rôle d'aider la Cour fédérale à se prononcer sur les questions juridiques découlant de la demande.

#### F. *Audiences d'octobre 2018 devant le juge Gleeson*

[29] [\*\*\*] a témoigné devant le juge Gleeson lors d'une audience tenue le 18 octobre 2018 dans le dossier [\*\*\*Dossier B\*\*\*].

[30] [\*\*\*] a expliqué que le Service avait procuré d'autres avantages [\*\*\*] dans l'intervalle entre l'audience d'avril 2018 [\*\*\*Dossier A\*\*\*] et la présentation de la demande de mandats [\*\*\*Dossier B\*\*\*] en septembre 2018. [\*\*\*]

[31] [\*\*\*] le témoignage de [\*\*\*], après la délivrance des mandats [\*\*\*Dossier A\*\*\*] par le juge Noël, un paiement [\*\*\*] a été versé [\*\*\*]. [\*\*\*Dossier A et Dossier B\*\*\*].

[32] Précisons en outre que le versement des paiements [\*\*\*] ont eu lieu après que le juge Noël eut soulevé la question de la possible illégalité des paiements

a concern that Service counsel subsequently acknowledged was both valid and important.

[33] [\*\*\*] testified that the Service was aware that paying money to an individual who was engaged in terrorist activity “could be viewed” as being illegal, and that it had “very serious implications”. As a consequence, such operations required the approval of the Director of the Service, who would, in turn, advise the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (the Minister) of the activity in question. [\*\*\*] also testified that, despite the illegality concern, the Service was of the view that the risks posed by such payments could be managed.

[34] [\*\*\*] subsequently testified that payments such as those in issue in this case “could be construed as financing a terrorist”, and that “there is a risk of that occurring”. According to [\*\*\*] the Service had not reached the conclusion that such payments violated the *Criminal Code*, but it recognized that operations such as the one in issue in this case carried with them “a high legal risk”.

[35] At this point in [\*\*\*] testimony, counsel for the Service intervened to advise the Court that the Department of Justice had been consulted with respect to the legality of payments being made by the Service to those engaged in terrorist activities, and that its analysis was subject to solicitor-client privilege. This disclosure was followed by a discussion between the parties and Justice Gleeson as to the potential relevance of any legal opinions that may have been provided to the Service by the Department of Justice. Justice Gleeson concluded it was not necessary to deal with the solicitor-client privilege issue at that point, but that this issue might have to be revisited once the legal issues raised by the application were fully fleshed out.

[36] The hearing before Justice Gleeson resumed the following day. In the course of a discussion regarding the legal issues raised by the application, Justice Gleeson raised a question as to whether the events that took place before Justice Noël in [\*\*\*Case A\*\*\*] were relevant to the determination of the issues in [\*\*\*Case B\*\*\*] In this

[\*\*\*] lors de l’audience du [\*\*\*] avril 2018, une préoccupation reconnue ensuite comme valable et importante par l’avocate du Service.

[33] [\*\*\*] a affirmé dans son témoignage que le Service savait que remettre de l’argent à une personne qui menait des activités terroristes [TRADUCTION] « pouvait être perçu » comme un acte illégal, et que cela avait « des conséquences très graves ». Partant, les opérations de ce genre devaient être approuvées par le directeur du Service, qui en avisait le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile [ministre]. [\*\*\*] a ajouté que, malgré la préoccupation relative à l’illégalité, le Service estimait qu’il était possible de gérer les risques que de tels paiements représentaient.

[34] Toujours dans son témoignage, [\*\*\*] a affirmé que les paiements comme ceux dont il était question [TRADUCTION] « pouvaient être interprétés comme du financement d’activités terroristes », et que cela « risquait de se produire ». Selon lui, le Service n’avait pas conclu que de tels paiements violaient le *Code criminel*, mais il reconnaissait que les opérations comme celle en cause comportaient des « risques juridiques élevés ».

[35] À ce moment, l’avocate du Service est intervenue dans le témoignage de [\*\*\*] pour aviser la Cour fédérale que le Service avait consulté le ministère de la Justice quant à la légalité des paiements qu’il versait aux personnes qui menaient des activités terroristes, et que cette analyse était protégée par le secret professionnel de l’avocat. S’en est suivi une discussion entre les parties et le juge Gleeson sur la pertinence éventuelle de tout avis juridique pouvant avoir été donné au Service par le ministère de la Justice. Le juge Gleeson a conclu qu’il n’était pas nécessaire, à ce moment, d’aborder la question du secret professionnel de l’avocat, mais qu’il pourrait y avoir lieu d’y revenir une fois pleinement définies les questions juridiques découlant de la demande.

[36] L’audience devant le juge Gleeson a repris le lendemain. Au cours d’une discussion sur les questions juridiques découlant de la demande, le juge Gleeson s’est interrogé sur la pertinence des événements qui s’étaient déroulés devant le juge Noël relativement au [\*\*\*Dossier A\*\*\*] pour ce qui était de trancher les



context, Justice Gleeson stated “[a]nd it’s not in the context of this specific application, but really why we’re here with this specific application coming out of [\*\*\*Case A\*\*\*] And it really does link back to this question of [the] duty of candour, but candour in the context of ‘prepared to engage’”? Justice Gleeson then went on to ask counsel about the propriety of looking at “that whole question, the Segal Report (*Review of CSIS Warrant Practice*, Report of Murray D. Segal, December 2016 (Segal Report)), and what happened here”.

[37] At the conclusion of the October 19, 2018, hearing, Justice Gleeson stated that he was reserving his decision as to whether the warrants should issue pending the resolution of the outstanding legal questions. He asked counsel to confer with each other in an effort to formulate the legal questions that remained outstanding. In the meantime, the warrants issued by Justice Noël in April of 2018 remained in effect.

#### G. *The Formulation of the Legal Issues*

[38] Throughout the remainder of October and November the Court worked with the parties to define the legal issues raised by the warrant application, and on December 10, 2018, Justice Gleeson issued a Direction setting out the legal questions that were to be addressed in [\*\*\*Case B\*\*\*] These included, amongst others, the question of whether an issue of lawfulness arises in circumstances where the Service has provided or directed the provision of money or goods to individuals [\*\*\*] who the Service believes were engaged in terrorist activities at the time that the money or goods were provided where the provision of money or goods was necessary to facilitate the collection of information relied on in the warrant application.

[39] Justice Gleeson also asked the parties to address whether the Service had a duty to disclose a possible contravention of the law to the Court, including a potential breach of the *Criminal Code*, in the context of warrant applications, and the source of that duty. He further asked the parties to address whether the Service had provided sufficient information initially in [\*\*\*Case A\*\*\*]

questions en cause dans le dossier [\*\*\*Dossier B\*\*\*]. À ce propos, le juge Gleeson a affirmé que [TRADUCTION] « ce n’est pas dans le contexte de la demande en question; cela a trait aux raisons de notre présence ici, avec cette demande qui découle de [\*\*\*Dossier A\*\*\*]. Et cela est vraiment lié à la question de l’obligation de franchise, sous l’angle de la “disposition à collaborer”, n’est-ce pas? » Il a ensuite demandé à l’avocate s’il était adéquat d’examiner [TRADUCTION] « la question dans son ensemble, le rapport Segal (Murray D. Segal, *Examen du processus de demande de mandats au SCRS*, décembre 2016 (rapport Segal)), et ce qui s’[était] produit ici ».

[37] Au terme de l’audience du 19 octobre 2018, le juge Gleeson a déclaré qu’il différerait sa décision sur la délivrance des mandats en attendant que les questions juridiques en suspens soient résolues et a demandé aux avocats de convenir d’une manière de formuler ces questions. Pendant ce temps, les mandats décernés par le juge Noël en avril 2018 demeuraient en vigueur.

#### G. *Formulation des questions juridiques*

[38] Pendant le reste du mois d’octobre ainsi qu’en novembre, la Cour fédérale et les parties ont travaillé de concert pour définir les questions juridiques découlant de la demande de mandats. Le 10 décembre 2018, le juge Gleeson a émis une directive établissant les questions à régler dans le [\*\*\*Dossier B\*\*\*], notamment la possibilité qu’un problème de légalité se pose lorsque le Service a fourni de l’argent ou des biens, ou en a ordonné la fourniture, à des personnes [\*\*\*] qui, selon le Service, participaient à des activités terroristes au moment où elles ont reçu l’argent ou les biens, dans des circonstances où la fourniture d’argent ou de biens était nécessaire pour faciliter la collecte d’informations servant à appuyer la demande de mandats.

[39] En outre, le juge Gleeson a demandé aux parties de se prononcer sur la possibilité que le Service ait l’obligation, dans le contexte d’une demande de mandats, de signaler à la Cour fédérale un possible acte illégal, notamment une possible infraction au *Code criminel*, et de préciser la source d’une telle obligation. Il a aussi demandé aux parties de déterminer si le Service avait fourni

and then in [\*\*\*Case B\*\*\*] with respect to the issue of lawfulness as it related to information or intelligence relied on in those warrant applications.

[40] Justice Gleeson also raised questions as to the standard of proof that the Court should apply in determining whether there had been a potential violation of the law. He further asked what factors the Court should consider in determining whether illegally obtained information should be taken into account in support of a warrant application, or should be excluded from consideration.

[41] Once these legal questions had been formulated, counsel for the Service advised that it would be necessary to file additional evidence with the Court to enable the Service to respond to the questions.

[42] Thus it appeared that the legal issues raised by the [\*\*\*Case B\*\*\*] application had been clearly identified as of December 10, 2018. However, as Justice Gleeson noted in his decision, “the candour and illegality issues evolved significantly through January and February of 2019”, and it “became clear that the outstanding issues from [\*\*\*Case A\*\*\*] would require some time to fully address”: at paragraph 17. Indeed, as matters progressed before Justice Gleeson, questions as to the legality of [\*\*\*collection methods questioned by Justice Noël\*\*\*] and its implications for the warrant hearings emerged as the principal issue.

#### H. Possible Illegality Disclosed in Relation to Other Warrant Applications

[43] On January 18, 2019, the Senior General Counsel for the National Security Litigation and Advisory Group [NSLAG] (the group within the Department of Justice responsible for representing and advising the Service) wrote to the Court advising that the Service had become aware that information that it had relied upon in two other warrant applications [\*\*\*Case C] and [\*\*\*Case D\*\*\*] had been derived through activities that “may engage provisions of the *Criminal Code*”. Justice Kane had been

suffisamment d’informations sur la question de la légalité, d’abord dans la demande de mandats [\*\*\*Dossier A\*\*\*], puis dans la demande [\*\*\*Dossier B\*\*\*], quant aux informations et aux renseignements ayant servi à les fonder.

[40] Le juge Gleeson a aussi soulevé des questions relatives à la norme de preuve que la Cour fédérale devrait appliquer pour déterminer s’il y a eu une infraction, ainsi qu’aux facteurs qu’elle devrait prendre en considération pour déterminer si des informations obtenues illégalement devraient être utilisées en appui à une demande de mandats ou en être exclues.

[41] L’avocate du Service a souligné qu’il faudrait présenter à la Cour fédérale de nouveaux éléments de preuve pour répondre aux questions juridiques qui venaient d’être formulées.

[42] Partant, il semble que, le 10 décembre 2018, les questions juridiques découlant de la demande de mandats [\*\*\*Dossier B\*\*\*] étaient clairement circonscrites. Toutefois, comme le juge Gleeson l’a souligné au paragraphe 17 de sa décision, « les questions relatives à l’obligation de franchise et à l’illégalité ont beaucoup évolué en janvier et en février 2019 », et « [i] était devenu manifeste qu’il faudrait du temps pour décortiquer les questions en suspens découlant du dossier [\*\*\*Dossier A\*\*\*] ». En effet, au fil de la progression de l’affaire devant le juge Gleeson, la légalité [\*\*\*des méthodes de collecte remises en question par le juge Noël\*\*\*] et son incidence sur les audiences liées à la demande de mandats sont devenues les questions principales.

#### H. Cas possibles d’illégalité ayant trait à d’autres demandes de mandats

[43] Le 18 janvier 2019, l’avocat général principal du Groupe litiges et conseils en sécurité nationale [GLCSN] — qui, au ministère de la Justice, est chargé de représenter et de conseiller le Service — a écrit à la Cour fédérale pour l’aviser que le Service avait réalisé que certaines informations utilisées en appui à deux demandes distinctes — [\*\*\*Dossier C\*\*\*] (relevant de la juge Kane) et [\*\*\*Dossier D\*\*\*] (relevant du juge Brown) — découlaient d’activités susceptibles [TRADUCTION] « de

seized with [\*\*\*Case C\*\*\*] and Justice Brown had been seized with [\*\*\*Case D\*\*\*] and warrants had already been issued in each of these cases.

[44] The Court was further advised that the Service was carrying out a review in an effort to determine whether this issue had arisen in any other cases.

[45] Included with counsel's January 18, 2019, letter was a document entitled *Interim Direction on the Conduct of Operations Likely Involving the Commission of Criminal Offences*. This document, which had been issued the previous day by the Service's Deputy Director Operations, indicated that the Service would no longer approve operations that were likely illegal, referring to them as posing a "high legal risk". The Interim Direction further stated that the Service would be reviewing any such operations that were ongoing in order to mitigate any potential illegality.

[46] Counsel for the Service subsequently explained that the issuance of the Interim Direction had been prompted by the Service's experience in [\*\*\*Case A\*\*\*] which had led it "to reconsider the legal risk it was prepared to accept in relation to human source operations that potentially engage the *Criminal Code*".

[47] The disclosure that there were other cases where information relied upon by the Service had been derived through potentially illegal activities led to a joint case management conference being convened in [\*\*\*Case C\*\*\*] and [\*\*\*Case D\*\*\*] on January 21, 2019, by Justice Mosley, who was then the coordinating judge of designated proceedings. Justices Mosley and Kane were present at the case management conference, but Justices Gleeson and Brown were not, as they were not available.

[48] The Senior General Counsel for the NSLAG appeared at the case management conference on behalf of the Service. He confirmed that the provisions of the *Criminal Code* that were referred to in his January 18, 2019, letter were the terrorist financing provisions of the Code, as they related to conduct by the Service, or by human sources acting on its direction.

mettre en cause des dispositions du *Code criminel* ». Dans les deux cas, le Service s'était vu décerner les mandats demandés.

[44] L'avocat général principal précisait en outre que le Service tentait de déterminer si le problème s'était présenté en d'autres circonstances.

[45] Annexé à la lettre se trouvait un document intitulé [TRADUCTION] *Instructions provisoires sur la conduite d'opérations impliquant probablement la commission d'infractions criminelles*, produit la veille par la sous-directrice des Opérations du Service. Selon le document, le Service n'allait plus approuver d'opérations probablement illégales, car elles comportaient des « risques juridiques élevés », et allait examiner toute opération de cette nature en cours afin d'en atténuer l'éventuel caractère illégal.

[46] Par la suite, l'avocate du Service a expliqué que l'émission des instructions provisoires était attribuable à l'expérience du Service dans le [\*\*\*Dossier A\*\*\*], qui l'avait mené à [TRADUCTION] « réévaluer les risques juridiques qu'il était prêt à assumer quant aux opérations fondées sur une source humaine susceptibles de mettre en cause le *Code criminel* ».

[47] Cette révélation, à savoir qu'il existait d'autres affaires dans lesquelles le Service avait utilisé des informations découlant d'activités peut-être illégales, a mené le juge Mosley, en sa qualité — à l'époque — de coordonnateur des instances désignées, à convoquer une conférence de gestion d'instance relative aux [\*\*\*Dossier C\*\*\*] et [\*\*\*Dossier D\*\*\*] le 21 janvier 2019, à laquelle il a assisté avec le juge Kane. Toutefois, les juges Gleeson et Brown n'étaient pas disponibles.

[48] L'avocat général principal du GLCSN y a représenté le Service. Il a confirmé que les dispositions du *Code criminel* sur le financement d'activités terroristes étaient bien celles auxquelles sa lettre du 18 janvier 2019 faisait allusion, car elles avaient trait à des gestes posés par le Service ou des sources humaines agissant pour son compte.

[49] Counsel further advised that the Service had isolated the information that had been collected under the authority of the warrants issued by Justice Kane and Justice Brown in its databases and that although the collection of information in these matters was ongoing, it was being reviewed only to the extent necessary to determine if it disclosed an imminent danger. Counsel finally added that the Service was conducting a review to determine whether information that had been relied upon to obtain any other active warrants had been collected through illegal activity.

[50] In the course of the case management conference, Justice Mosley asked counsel whether legal advice had been provided to the Service as to whether it was potentially at risk of criminal liability. Counsel declined to answer Justice Mosley's inquiry on the basis that the legal advice provided to the Service was subject to solicitor-client privilege.

[51] Justice Mosley then asked counsel whether, in counsel's view, a contravention of the *Criminal Code* by a Service agent or officer would taint a warrant application. Counsel responded that "it ought to have been disclosed to the issuing judge. That goes without saying. So there was a duty, and we accept that there was a duty, on us to disclose these operations to the issuing judges in the warrants". Counsel then went on to state "[h]owever, our position is that a judge may rely on information in the context of a warrant under section 21 that is obtained as a result of those operations".

I. *The Filing of Additional Evidence in [\*\*\*Case B\*\*\*] and the Disclosure of Legal Opinions*

[52] On January 25, 2019, counsel for the Service filed additional evidence with the Court in [\*\*\*Case B\*\*\*] Included in this package were legal opinions and other documents containing information that was subject to solicitor-client privilege. In the covering letter accompanying the documents, counsel for the Service explained that, for the purpose of this application only, the Director of the Service had waived the solicitor-client privilege that attached to the legal advice that had been received by the Service with respect to the matters at issue in application [\*\*\*Case B\*\*\*]

[49] Il a ajouté que le Service avait isolé dans ses bases de données les informations recueillies en vertu des mandats décernés par la juge Kane et le juge Brown, que les informations recueillies dans le cadre des activités de collecte en cours étaient uniquement examinées dans la mesure nécessaire pour déterminer si elles faisaient état d'un danger imminent, et que le Service tentait de déterminer si des informations utilisées pour obtenir d'autres mandats en vigueur découlaient d'activités illégales.

[50] Pendant la conférence de gestion d'instance, le juge Mosley a demandé à l'avocate si le Service avait reçu un avis juridique concernant sa possible responsabilité criminelle. L'avocate a refusé de répondre à la question, soutenant que les avis juridiques fournis au Service étaient protégés par le secret professionnel de l'avocat.

[51] Le juge Mosley lui a alors demandé si, à son avis, la commission d'une infraction au *Code criminel* par un agent ou un représentant du Service entacherait une demande de mandats. Selon l'avocate, [TRADUCTION] « il va sans dire que cela aurait dû être communiqué au juge saisi de la demande. Partant, nous convenons qu'il y avait, pour nous, obligation de faire part de ces opérations aux juges saisis des demandes de mandat [...] Toutefois, nous sommes d'avis que, dans le contexte d'une demande de mandats faite en vertu de l'article 21, un juge peut s'appuyer sur des informations découlant de ces opérations ».

I. *Présentation de nouveaux éléments de preuve dans le [\*\*\*Dossier B\*\*\*] et communication d'avis juridiques*

[52] Le 25 janvier 2019, l'avocate du Service a présenté à la Cour fédérale de nouveaux éléments de preuve dans le [\*\*\*Dossier B\*\*\*], notamment des avis juridiques et d'autres documents contenant des informations protégées par le secret professionnel de l'avocat. Dans sa lettre d'accompagnement, l'avocate a expliqué que, pour les fins de la demande [\*\*\*Dossier B\*\*\*] seulement, le directeur du Service avait renoncé au secret professionnel de l'avocat protégeant les avis juridiques reçus par le Service quant aux questions en cause.

[53] While there was subsequently some suggestion by the Attorney General that the waiver of solicitor-client privilege by the Service had not been entirely voluntary, Justice Gleeson found that this was not the case, and the Attorney General conceded before us that the waiver had indeed been voluntary.

[54] The new evidence included a January 2017 legal opinion from a lawyer with the NSLAG that concluded that it could “no longer be credibly argued that CSIS employees and sources are protected by Crown immunity if they engage in conduct that, on its face, violated the law” (the Lajeunesse opinion). The Lajeunesse opinion went on to state that “[t]he doctrine of Crown immunity has been removed as a possible defence in the national security context”. This conclusion was consistent with earlier legal opinions that had been provided to the Service, and with findings made by the Security Intelligence Review Committee. As was the case with the earlier opinions, the Lajeunesse opinion discussed the need for a “legislative fix” to address the potential exposure of Service employees to criminal charges.

[55] Also produced was a January 7, 2019, opinion from the Senior General Counsel for the NSLAG that came to a similar conclusion with respect to the non-availability of the Crown immunity defence to the Service (the Rees opinion). In particular, the Rees opinion advised the Director of the Service that “there is no lawful basis for the Service to commit criminal offences under the existing legal framework. The CSIS Act does not authorize the Service to engage in criminal conduct, even if it yields valuable intelligence”. The Rees opinion stated definitively that “CSIS cannot rely on Crown immunity in the context of its human source operations”, and that “[n]o alternative authority exists that would allow the Service to conduct otherwise illegal operations”.

[56] Also produced was all of the relevant documentation regarding the approval of the Service’s payments [\*\*\*] as well as the provision of material support [\*\*\*]

[53] Bien que, par la suite, le procureur général a laissé entendre que la renonciation n’avait pas été faite entièrement de plein gré, le juge Gleeson a conclu au contraire, et le procureur général a reconnu cet état de fait à la Cour.

[54] Dans les nouveaux éléments de preuve figurait un avis juridique rédigé par un avocat du GLCSN [avis Lajeunesse] datant de janvier 2017 qui concluait qu’il n’était [TRADUCTION] « plus possible de faire valoir, d’une manière crédible, que les employés et les sources du Service peuvent invoquer l’immunité de l’État s’ils posent des actes qui, à première vue, constituent des infractions ». Toujours selon l’avis Lajeunesse, « [l]e principe de l’immunité de l’État ne peut plus être invoqué comme moyen de défense dans le contexte de la sécurité nationale ». Cette conclusion allait dans le même sens que d’autres avis reçus par le Service et que des conclusions formulées par le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. À l’instar des avis antérieurs, l’avis Lajeunesse traitait de la nécessité de régler, par une « solution législative », la question des accusations criminelles dont pourraient faire l’objet des employés du Service.

[55] Dans un autre avis, celui-là daté du 7 janvier 2019 [avis Rees], l’avocat général principal du GLCSN en arrivait à une conclusion similaire quant à l’impossibilité, pour le Service, d’invoquer l’immunité de l’État comme moyen de défense. En particulier, l’avis Rees précise au directeur du Service [TRADUCTION] qu’« il n’existe, dans le cadre juridique actuel, aucune manière de justifier que le Service puisse commettre des actes criminels. La Loi sur le SCRS n’autorise pas le Service à mener des activités criminelles, même si elles lui permettent d’obtenir des renseignements utiles ». L’avis Rees établit de façon définitive que « le Service ne peut pas invoquer l’immunité de l’État dans le contexte de ses opérations fondées sur des sources humaines », et qu’« il n’existe aucune autre autorisation légale, pour le Service, de mener des opérations qui seraient, par ailleurs, illégales ».

[56] Les nouveaux éléments de preuve comprenaient également tous les documents touchant à l’approbation des paiements versés par le Service [\*\*\*], ainsi qu’à

These documents (some of which had been provided to the Minister by the then-Director of the Service) indicated that the [\*\*\*collection methods questioned by Justice Noël were\*\*\*] identified as presenting “a high legal risk”.

[57] Several of the approvals documents contained excerpts from legal opinions regarding the legality of payments or the provision of material by the Service to individuals engaged in terrorism, and whether the defence of Crown immunity would be available to the Service.

[58] The approvals documents also included legal opinions from counsel for the Service with respect to the payments [\*\*\*] One such opinion [\*\*\*] specifically refers to section 83.03 of the *Criminal Code*, noting that “[t]here is little doubt here that most of the elements of the financing terrorism offen[c]e would be met. The Service is directly providing money to [\*\*\*] a person the Service knows to be engaged in terrorist activity, while knowing that it will be used or benefit him”.

[59] Other comments in the [\*\*\*] risk analysis note the benefit of [\*\*\*the collection methods\*\*\*] and the value of the information received [\*\*\*] Michel Coulombe, the then-Director of the Service, is recorded as saying “[p]ending DOJ’s final opinion on Crown Immunity and further to the advice provided by [individuals within the Service], I have weighed the value of [\*\*\*the collection methods\*\*\*] versus the legal risk”. Mr. Coulombe went on to state “I am of the opinion that the value outweighs the risk and approve [\*\*\*the collection methods\*\*\*] to proceed”. He then observed that “prior notification must be given to the Minister [\*\*\*]”. It appears that such notice was indeed provided to the Minister shortly thereafter.

[60] Mr. Coulombe subsequently explained that he had understood that the Lajeunesse opinion was not intended to be the last word as to the availability of the Crown immunity defence, and that further advice would be forthcoming from the Department of Justice. In the meantime, he was prepared to approve [\*\*\*the collection methods\*\*\*] notwithstanding the fact that the

l’apport de soutien matériel [\*\*\*] Selon ces documents (dont certains avaient été remis au ministre par le directeur du Service) [\*\*\*les méthodes de collecte, remises en question par le juge Noël, présentaient\*\*\*] des « risques juridiques élevés ».

[57] Plusieurs des documents d’approbation contenaient des extraits d’avis juridiques portant sur la légalité des paiements versés ou de la fourniture de matériel, par le Service, à des personnes qui menaient des activités terroristes, et sur la possibilité, pour le Service, d’invoquer l’immunité de l’État comme moyen de défense.

[58] Les documents d’approbation comprenaient aussi des avis juridiques d’avocats du Service portant sur les paiements versés [\*\*\*]. L’un d’eux, [\*\*\*], renvoyait spécifiquement à l’article 83.03 du *Code criminel*, soulignant qu’il était [TRADUCTION] « plutôt évident que, pour l’essentiel, cela correspondrait à une infraction de financement d’activités terroristes. Le Service fournit directement de l’argent à [\*\*\*], une personne qui, à sa connaissance, mène des activités terroristes, sachant qu’il utilisera cet argent ou que l’argent lui bénéficiera ».

[59] L’analyse des risques effectuée en [\*\*\*] comporte des commentaires soulignant les avantages [\*\*\*des méthodes de collecte\*\*\*] et l’utilité des informations fournies [\*\*\*] Michel Coulombe, alors directeur du Service, a affirmé qu’en [TRADUCTION] « attendant que le ministère de la Justice donne son avis définitif sur l’immunité de l’État, et compte tenu des conseils offerts par [des personnes au Service], j’ai mis en balance, d’une part, l’utilité [\*\*\*des méthodes de collecte\*\*\*] et, d’autre part, les risques juridiques. [...] J’approuve [\*\*\*les méthodes de collecte estimant que l’utilité est plus élevée que les risques.\*\*\*] Il a ensuite souligné la nécessité de donner un préavis au ministre à cet égard. Il semble que le ministre ait effectivement reçu ce préavis peu après.

[60] Par la suite, M. Coulombe a expliqué avoir compris que l’avis Lajeunesse n’était pas censé être définitif quant à la possibilité que le Service invoque l’immunité de l’État comme moyen de défense, et que le ministère de la Justice allait produire un autre avis. Entre-temps, il était prêt à approuver [\*\*\*les méthodes de collecte\*\*\*], même si les activités du Service enfreignaient

Service's activities likely violated the *Criminal Code*, on the basis that the potential intelligence value of the information that could be obtained [\*\*\*] outweighed the legal risks [\*\*\*]

[61] Evidence was also received from Jeff Yaworski, who was the Service's Deputy Director Operations [\*\*\*]. Mr. Yaworski had recommended to Mr. Coulombe that [\*\*\*the collection methods\*\*\*] be approved, notwithstanding that it presented a "high legal risk". He testified that while he was aware that the Service could not engage in illegal activities, the "reality of the operational environment" meant that the Service could find itself "butting up against the *Criminal Code* with respect to terrorist financing". He further explained that the Service had to balance the high legal risk [\*\*\*] with "the potential for intelligence gain", and that, in his view, the benefit to be derived [\*\*\*] outweighed the legal risks [\*\*\*]

[62] Upon the filing of this evidence on January 25, 2019, counsel representing the Service in application [\*\*\*Case B\*\*\*] withdrew, as she had provided one of the legal opinions now in issue.

[63] The content of these newly disclosed documents led Justice Gleeson to comment at a February 13, 2019, case management conference that they had "significantly changed the landscape here with respect to the significance of some of the questions that were originally raised in this matter, particularly the candour issues".

[64] Counsel for the Service then explained why it had chosen to voluntarily waive the solicitor-client privilege that attached to the legal opinions and the approvals documents. According to counsel for the Service, "[t]he purpose of providing those documents goes directly to the questions that this Court settled on. One of the questions that the Court has asked is whether the activities in question were lawful or not". Counsel went on to explain that "[o]ur duty of candour required us to provide information. It was already abundantly clear from the very first day of questioning of [\*\*\*] that questions were being asked about what legal advice was provided".

probablement le *Code criminel*, parce que l'utilité possible sur le plan du renseignement des informations susceptibles d'être fournies [\*\*\*] surpassait les risques juridiques [\*\*\*].

[61] D'autres éléments de preuve ont été fournis par Jeff Yaworski, sous-directeur des Opérations du Service [\*\*\*]. M. Yaworski avait recommandé à M. Coulombe d'approuver [\*\*\*les méthodes de collecte\*\*\*] malgré les « risques juridiques élevés » [\*\*\*]. Dans son témoignage, il a affirmé qu'il savait que le Service ne pouvait pas mener d'activités illégales, mais qu'en raison de la [TRADUCTION] « réalité du contexte opérationnel », le Service pouvait se trouver « en conflit avec le *Code criminel* quant au financement d'activités terroristes ». Il a ajouté que le Service devait mettre en balance, d'une part, les risques juridiques élevés [\*\*\*] et, d'autre part la « possibilité de réaliser des gains sur le plan du renseignement », et qu'à son avis, les avantages [\*\*\*] surpassaient les risques juridiques [\*\*\*].

[62] L'avocate qui représentait le Service dans le [\*\*\*Dossier B\*\*\*] s'est récusée au moment de présenter les éléments de preuve le 25 janvier 2019, car elle était l'auteure d'un des avis juridiques en cause.

[63] La teneur des documents nouvellement communiqués a mené le juge Gleeson à affirmer, lors de la conférence de gestion d'instance du 13 février 2019, qu'ils avaient [TRADUCTION] « considérablement changé la donne quant à l'importance de certaines des questions originalement soulevées en l'espèce, surtout celles qui concernent la franchise ».

[64] L'avocat du Service a alors expliqué pourquoi celui-ci avait décidé de renoncer au secret professionnel de l'avocat eu égard aux avis juridiques et aux documents d'approbation. Selon lui, [TRADUCTION] « la présentation de ces documents renvoie directement aux questions dont la Cour fédérale a convenu, notamment celle qui porte sur la légalité des activités en cause ». Il a ajouté qu'en « raison de notre obligation de franchise, nous sommes tenus de donner des informations. Dès le premier jour de l'interrogatoire de [\*\*\*] il était très clair que des questions portaient sur la teneur des avis juridiques ».

[65] Counsel for the Service went on to state that “[o]ne of the questions is the duty of candour. These are parts of the elements that are before the Court and we are trying to be responsive with the evidence that is requested”.

J. *The February 21, 2019, En Banc Hearing*

[66] In the meantime, Justice Mosley had scheduled an *en banc* hearing of the designated judges of the Federal Court to take place on February 21, 2019. The purpose of the *en banc* hearing was to address the implications that the disclosure of illegal conduct on the part of the Service had for applications [\*\*\*Case C, Case B\*\*\*] and [\*\*\*Case D\*\*\*] Also to be considered was what, if any, obligation there was on the part of the Service to disclose such illegality to the Court in the context of warrant applications that seek to rely on illegally obtained evidence, along with other related issues.

[67] Of particular relevance to the issues in this appeal is the scope of the concessions that were made by counsel for the Attorney General at the *en banc* hearing.

[68] At the commencement of the hearing, Justice Mosley asked why it had taken the Service and the Attorney General so long to inform the Court that the Service had been relying on information in support of warrant applications that had been obtained by methods that, on their face, contravened the *Criminal Code*, “based on, at best, a shaky claim for justification under the Crown immunity doctrine”. Justice Mosley went on to ask “[h]ow does that behaviour, protracted behaviour, conform to respect for the rule of law and the duty of candour of both the Service and the Attorney General to this Court?”.

[69] Justice Noël then reviewed what had happened in [\*\*\*Case A\*\*\*] including the failure of the Service to flag the fact that some of the evidence on which it was relying in support of the warrant application in that case had been obtained using methods that potentially contravened the terrorist financing provisions of the *Criminal Code*.

[65] L’avocat du Service a aussi déclaré que [TRADUCTION] « [l]’obligation de franchise est l’une de ces questions. C’est en partie ce dont est saisie la Cour fédérale, et nous tentons de fournir les éléments de preuve demandés ».

J. *Audience en formation plénière du 21 février 2019*

[66] Entre-temps, le juge Mosley a convoqué les juges désignés de la Cour fédérale à une audience en formation plénière le 21 février 2019 [audience de février 2019] devant porter sur l’incidence, sur les demandes [\*\*\*Dossier C, Dossier B\*\*\*] et [\*\*\*Dossier D\*\*\*], de la révélation que le Service avait agi dans l’illégalité. L’audience devait aussi traiter de l’obligation éventuelle, par le Service, de faire part de tels actes illégaux à la Cour fédérale dans le contexte de demandes de mandats fondées sur des éléments de preuve obtenus illégalement, entre autres questions connexes.

[67] L’ampleur des faits reconnus par l’avocat du procureur général à l’audience de février 2019 revêt une importance particulière eu égard aux questions en l’espèce.

[68] D’entrée de jeu à l’audience, le juge Mosley a demandé pourquoi il avait fallu autant de temps au procureur général et au Service pour informer la Cour fédérale que ce dernier avait utilisé, en appui à des demandes de mandats, des informations obtenues grâce à des méthodes qui, à première vue, contrevenaient au *Code criminel*, [TRADUCTION] « en invoquant le principe de l’immunité de l’État, justification bancaire dans le meilleur des cas. [...] En quoi est-ce qu’un tel comportement, ce long retard, est-il un gage de respect de la primauté du droit et de l’obligation de franchise du Service et du procureur général envers la Cour fédérale? ».

[69] Le juge Noël a alors passé en revue les événements entourant le [\*\*\*Dossier A\*\*\*] notamment l’omission, par le Service, de signaler que certains des éléments de preuve utilisés en appui à cette demande de mandats avaient été obtenus grâce à des méthodes pouvant avoir contrevenu aux dispositions du *Code criminel* sur le financement d’activités terroristes.



[70] Counsel for the Attorney General commenced his submissions at the *en banc* hearing by stating that “you are not going to hear any argument from me that the duty of candour was met in these files. There has been a failure by both the Department of Justice or the Attorney General and CSIS in warrant applications ...”. Counsel went on to acknowledge that where a warrant application is placed before the Court that may involve information that was illegally obtained, the duty of candour required that the Service and counsel representing the Service ensure that the judge seized with the application was made aware of the illegality so that the judge could assess its relevance in deciding whether or not warrants should issue. Counsel agreed that this had not been done “in these three files”.

[71] The question, then, is which three files was counsel referring to?

[72] Counsel for the Attorney General discussed what had occurred in [\*\*\*Case A\*\*\*] at the *en banc* hearing, stating that once Justice Noël had raised the illegality issue, “it’s not that we didn’t take action. We did take action. It’s as a result of the action that we took that the issues were identified to have occurred in two other files” (emphasis added).

[73] Counsel for the Attorney General went on to state that “[t]he investigation is still ongoing. We think it’s limited to those three files” (emphasis added). Further on in the hearing, counsel for the Attorney General addressed Justice Noël’s concerns as to what had gone on in [\*\*\*Case A\*\*\*] by saying “you were owed better”, acknowledging that Justice Noël should have been made aware of the potential illegality. When Justice Noël asked what was to be done about this now, counsel responded by stating “[w]hat we did in fact was to withdraw that application and try and start again”.

[74] It thus appears that while the *en banc* hearing had been convened in the context of applications [\*\*\*Case C, Case B\*\*\*] and [\*\*\*Case D\*\*\*] counsel’s concession

[70] À l’audience de février 2019, l’avocat du procureur général a amorcé ses observations par la remarque suivante : [TRADUCTION] « [V]ous ne m’entendrez pas soutenir que l’obligation de franchise a été respectée dans ces dossiers. Il y a eu manquement tant de la part du ministère de la Justice ou du procureur général que du Service relativement à des demandes de mandats [...] » L’avocat a reconnu que l’obligation de franchise implique que le Service et l’avocat qui le représente, lorsqu’ils font une demande de mandats pouvant contenir des informations obtenues illégalement, doivent s’assurer que le juge qui en est saisi est au courant du caractère illégal afin de pouvoir évaluer si cela a une incidence sur sa décision relative à la délivrance des mandats. L’avocat a reconnu que, [TRADUCTION] « dans les trois dossiers en cause », cela n’avait pas été fait.

[71] La question se pose toutefois : quels sont les trois dossiers auxquels l’avocat faisait allusion?

[72] À l’audience de février 2019, l’avocat du procureur général a discuté des événements entourant le [\*\*\*Dossier A\*\*\*] déclarant qu’une fois que le juge Noël avait signalé le problème de l’illégalité, [TRADUCTION] « ce n’est pas que nous n’avons rien fait; nous avons bel et bien pris des mesures. C’est en conséquence de ces mesures qu’il a été constaté que ces problèmes s’étaient aussi posés dans deux autres dossiers » (non souligné dans l’original).

[73] Toujours selon l’avocat du procureur général, [TRADUCTION] « [l]’enquête se poursuit. Nous croyons qu’elle se limite à ces trois dossiers » (non souligné dans l’original). Plus tard au cours de l’audience, l’avocat du procureur général a abordé les préoccupations du juge Noël quant aux événements entourant le [\*\*\*Dossier A\*\*\*] : « vous méritiez mieux », a-t-il affirmé, reconnaissant que le juge aurait dû être mis au courant de la possibilité d’actes illégaux. Interrogé par le juge Noël sur ce qu’il y avait maintenant lieu de faire, l’avocat a répondu que « [n]ous avons, en fait, retiré la demande, et nous allons tenter de reprendre du début ».

[74] Partant, il semble que, si l’audience de février 2019 portait sur les demandes [\*\*\*Dossier C\*\*\*], [\*\*\*Dossier B et Dossier D\*\*\*] les faits reconnus par l’avocat, c’est-à-dire

that there had been a breach of the duty of candour in three files actually related to applications [\*\*\*Case C, Case A\*\*\*] and [\*\*\*Case D\*\*\*] and not [\*\*\*Case B\*\*\*]

*K. Events Following the En Banc Hearing and the Issuance of the Warrants in [\*\*\*Case B\*\*\*]*

[75] The warrants issued by Justice Noël in [\*\*\*Case A\*\*\*] were scheduled to expire on April [\*\*\*] 2019. Consequently, in [\*\*\*] April, 2019, the Service filed a further affidavit from [\*\*\*] updating the information with respect to the Service's investigation into the threat-related activities of the [\*\*\*] targets of the warrants sought in [\*\*\*Case B\*\*\*]. Once again, the information in [\*\*\*] affidavit that was being relied on by the Service in support of the warrant application that had been obtained through [\*\*\*potentially unlawful collection methods\*\*\*] was identified by highlighting.

[76] A hearing and case management conference was held before Justice Gleeson on April 3, 2019. [\*\*\*] testified before Justice Gleeson once again, and additional submissions were received from counsel for the Service and the *amici*. [\*\*\*] testified that [\*\*\*] additional payments had been made [\*\*\*to a target\*\*\*] [\*\*\*] since [\*\*\*] had testified in October of 2018.

[77] After hearing from [\*\*\*] Justice Gleeson was satisfied that the Service had provided sufficient information to justify the issuance of the warrants against the [\*\*\*] named individuals, even if no reliance was placed on any of the [\*\*\*impugned information\*\*\*]. Consequently, Justice Gleeson issued the warrants sought by the Service, albeit for only three months. He further stated that he would remain seized of [\*\*\*Case B\*\*\*] for the purpose of dealing with the questions identified in his December 10, 2018, Direction.

[78] One additional payment to a target [\*\*\*] came to light after the warrants were issued by Justice Gleeson in April, 2019. It was subsequently discovered that a human source had, with the Service's approval, provided [\*\*\*a target\*\*\*] with [\*\*\*a financial benefit valued at less than \$20\*\*\*]. While the payment had been made prior to the commencement of the application in

qu'il y avait eu manquement à l'obligation de franchise dans trois dossiers, avaient trait, en fait, aux demandes [\*\*\*Dossier C, Dossier A\*\*\*] et [\*\*\*Dossier D\*\*\*] mais pas [\*\*\*Dossier B\*\*\*].

*K. Événements consécutifs à l'audience de février 2019 et à la délivrance des mandats [\*\*\*Dossier B\*\*\*]*

[75] Puisque les mandats [\*\*\*Dossier A\*\*\*] décernés par le juge Noël devaient arriver à échéance le [\*\*\*] avril 2019, le Service a présenté [\*\*\*] avril 2019, par l'entremise de [\*\*\*] un affidavit supplémentaire qui mettait à jour les informations relatives à son enquête sur les activités liées à la menace des [\*\*\*] cibles des mandats [\*\*\*Dossier B\*\*\*]. De nouveau, les informations découlant [\*\*\*des méthodes de collection potentiellement illégales\*\*\*] utilisées par le Service en appui à la demande y étaient mises en relief.

[76] Une audience et une conférence de gestion d'instance ont été tenues le 3 avril 2019 devant le juge Gleeson. [\*\*\*] a de nouveau livré son témoignage; l'avocat du Service et les *amici* ont présenté d'autres observations. Selon [\*\*\*], depuis son témoignage en octobre 2018, [\*\*\*] en paiements additionnels avaient été versés [\*\*\*à une cible.\*\*\*]

[77] Après avoir entendu [\*\*\*], le juge Gleeson s'est dit convaincu que le Service avait présenté suffisamment d'informations pour justifier la délivrance des mandats contre les [\*\*\*] personnes mentionnées, même si [\*\*\*] l'information contestée\*\*\*] n'avaient en rien servi à appuyer la demande. Partant, le juge Gleeson a décerné les mandats demandés par le Service, mais seulement pour trois mois. Il a aussi déclaré qu'il demeurerait saisi du [\*\*\*Dossier B\*\*\*] pour ce qui était des questions soulevées dans sa directive du 10 décembre 2018.

[78] Un autre paiement versé à une cible [\*\*\*] a été signalé après leur délivrance par le juge Gleeson en avril 2019. Il a été découvert [\*\*\*], une source humaine, avec l'approbation du Service, avait remis [\*\*\*à une cible un bénéfice financier d'une valeur de moins de 20 \$\*\*\*]. Même si ce paiement avait été versé avant la présentation de la demande [\*\*\*Dossier B\*\*\*], il n'avait été constaté

[\*\*\*Case B\*\*\*] it had only recently been uncovered in a file review relating to the human source, and the Court was promptly advised accordingly. The Attorney General submitted that this was the only instance where a payment had been made or a benefit had been provided to a subject of the investigation that had not been disclosed to the Court before the warrants were issued in [\*\*\*Case B\*\*\*]

[79] A new warrant application was filed by the Service in June of 2019, seeking to renew the warrants against [\*\*\*] and new warrants were subsequently issued [\*\*\*] The issuance of those warrants is not in issue in this appeal. [\*\*\*]

#### L. *The “Common Issues Hearings”*

[80] In the meantime, hearings had commenced before Justices Gleeson, Kane and Brown, sitting together, to address the issues that were common to the cases with which each of them were seized. These “common issues hearings” proceeded off and on over the next several months, with the judges receiving affidavits and oral testimony from numerous current and former senior officials within the Service and the Department of Justice. Testimony was also received from several counsel for the Service, including counsel who had represented the Service before Justice Noël in [\*\*\*Case A\*\*\*]

[81] In a case management conference held on April 12, 2019, Justice Gleeson stated that as the evidence had unfolded in these cases, an issue had emerged as to “who knew what when with respect to the issues in play here”. Indeed, counsel for the Attorney General submits that “who knew what when” about the giving and receipt of legal advice then became the primary focus of the hearings before Justices Gleeson, Kane and Brown.

[82] The evidence received at the common issues hearings addressed a range of topics, including the legal advice that had been provided to the Service with respect to the availability of the Crown immunity defence for Service personnel. Also discussed was what had happened within the Service over the two years between the

que récemment lors d’un examen du dossier de la source humaine. La Cour fédérale a rapidement été mise au courant en bonne et due forme. Le procureur général a soutenu qu’il s’agissait de la seule occurrence d’un paiement versé ou d’un avantage procuré à une cible d’enquête à ne pas avoir été communiquée à la Cour fédérale avant la délivrance des mandats [\*\*\*Dossier B\*\*\*].

[79] En juin 2019, le Service a présenté une nouvelle demande pour faire reconduire les mandats [\*\*\*]; de nouveaux mandats [\*\*\*] ont ainsi été décernés. La délivrance de ces mandats n’est pas en cause en l’espèce. [\*\*\*]

#### L. *Audiences sur les questions d’intérêt commun*

[80] Pendant ce temps ont commencé des audiences rassemblant les juges Gleeson, Kane et Brown. Elles visaient à régler les questions communes aux dossiers dont chacun était saisi. Ces « audiences sur les questions d’intérêt commun » se sont déroulées par intermittence au cours des quelques mois suivants. De nombreux représentants haut placés du Service et du ministère de la Justice, anciens et actuels, ont présenté aux juges des affidavits et des témoignages oraux. Plusieurs avocats du Service ont aussi livré leur témoignage, y compris celui qui l’avait représenté devant le juge Noël dans le [\*\*\*Dossier A\*\*\*].

[81] Lors d’une conférence de gestion d’instance tenue le 12 avril 2019, le juge Gleeson a déclaré qu’au fil de la présentation des éléments de preuve dans ces affaires, une question s’est dégagée : [TRADUCTION] « qui savait quoi, et quand, au sujet des questions en cause? » En effet, l’avocat du procureur général a fait valoir que, dès lors, savoir « qui savait quoi, et quand » était devenu l’élément central des audiences tenues par les juges Gleeson, Kane et Brown.

[82] La preuve présentée lors des audiences sur les questions d’intérêt commun touchait à une vaste gamme de sujets, dont les avis juridiques donnés au Service quant à la possibilité qu’il puisse invoquer l’immunité de l’État pour défendre ses employés. Il a aussi été question des événements qui s’étaient déroulés au Service pendant

Lajeunesse opinion being provided in early 2017 and the delivery of the Rees opinion in early 2019.

[83] Michelle Tessier, the Service’s Deputy Director of Operations, stated that upon receipt of the Lajeunesse opinion, the Director of the Service suspended all “high legal risk” source operations, effective January 31, 2017. However, Mr. Coulombe authorized the resumption of “high legal risk” operations on March 30, 2019.

[84] Mr. Coulombe subsequently explained that as a result of a meeting with senior officials within the Department of Justice in February of 2017, he understood that the applicability of Crown immunity remained uncertain, and that further research was to be done by the Department in this regard. Given his view that the terrorism threat “had never been so high”, Mr. Coulombe was concerned about the impact that ceasing operations would have for public safety and the Service’s ability to fulfill its mandate. Consequently, he resumed approving operations that potentially involved illegal activities on the part of Service personnel.

[85] Also discussed by several witnesses were the efforts that had been made to obtain a legislative “fix” that would address the potential criminal exposure of Service personnel who used illegal means to obtain useful information.

[86] Witnesses also addressed the risk assessment methods employed by the Service in determining whether a particular operation should be authorized, and the warrant approval process employed by the Service. The Service personnel’s understanding of the duty of candour owed to the Court, and the efforts that had been made by the Service to ensure that their employees understood their obligations in this regard, also formed part of the discussions.

[87] Justice Gleeson continued to receive evidence with respect to [\*\*\*Case B\*\*\*] during this period, in the absence of Justices Kane and Brown. The hearings into application [\*\*\*Case B\*\*\*] were completed on

les deux ans séparant l’avis Lajeunesse (début 2017) de l’avis Rees (début 2019).

[83] Michelle Tessier, sous-directrice des Opérations du Service, a affirmé qu’après avoir pris connaissance de l’avis Lajeunesse, à compter du 31 janvier 2017, le directeur du Service avait suspendu toutes les opérations qui présentaient des « risques juridiques élevés ». Toutefois, M. Coulombe a autorisé la reprise de telles opérations le 30 mars 2019.

[84] Par la suite, M. Coulombe a expliqué qu’une réunion tenue en février 2017 avec de hauts fonctionnaires du ministère de la Justice lui avait donné à penser que la question de l’invocation possible de l’immunité de l’État n’était pas réglée, et que le ministère devait poursuivre les recherches à ce sujet. Puisqu’il considérait que la menace terroriste [TRADUCTION] « avait atteint des sommets », M. Coulombe s’inquiétait de l’incidence possible de la cessation des opérations sur la sécurité publique et sur la capacité du Service à s’acquitter de son mandat. Partant, il a autorisé la reprise des opérations susceptibles d’impliquer des activités illégales menées par des employés du Service.

[85] Par ailleurs, plusieurs témoins ont parlé des efforts déployés pour régler, au moyen de mesures législatives, la question des accusations criminelles dont pourraient faire l’objet des employés du Service pour avoir recouru à des moyens illégaux afin d’obtenir des informations utiles.

[86] En outre, des témoins ont aussi abordé les méthodes d’évaluation des risques employées par le Service pour déterminer si une opération devait être autorisée, ainsi que son processus d’approbation des mandats. Les discussions ont également porté sur la compréhension qu’avait le personnel du Service de l’obligation de franchise envers la Cour fédérale et de leurs obligations à cet égard, ainsi que sur les efforts déployés par le Service pour assurer cette compréhension.

[87] Pendant cette période, le juge Gleeson a continué à recevoir des éléments de preuve dans le [\*\*\*Dossier B\*\*\*] en l’absence des juges Kane et Brown. Les audiences relatives à la demande [\*\*\*Dossier B\*\*\*] ont pris fin le

November 1, 2019, and Justice Gleeson rendered his decision in this matter on May 15, 2020.

## II. Justice Gleeson's Decision

[88] Justice Gleeson's decision is lengthy and detailed, and it addresses a number of matters that are not in issue in this appeal. The focus of this summary is thus on Justice Gleeson's treatment of the duty of candour issue as it relates to the legality of [\*\*\*the collection methods questioned by Justice Noël\*\*\*] and the Service's reliance on information obtained [\*\*\*from those collection methods.\*\*\*]

[89] Also at issue is Justice Gleeson's finding that, in the unique circumstances of this case, the duty of candour required that counsel should have proactively sought a waiver of solicitor-client privilege with respect to the legal advice that had been provided to the Service prior to appearing before the Court in the warrant application.

### A. *The Duty of Candour and the Illegality Issue*

[90] After a lengthy review of the history of this case and that of [\*\*\*Case A\*\*\*] Justice Gleeson first considered whether the Service had complied with its duty of candour in failing to identify the illegality issue arising out of the Service's [\*\*\*collection methods\*\*\*]. He concluded that the Service had breached the duty of candour that it owed to the Court by failing to proactively identify and disclose that it was relying on information in support of the warrant applications in [\*\*\*Case A\*\*\*] and [\*\*\*Case B\*\*\*] that was likely derived from illegal activities: at paragraph 93.

[91] In coming to this conclusion, Justice Gleeson started his analysis by stating that the Attorney General had acknowledged that the duty of candour had been breached in this case. He also noted that the Attorney General had contended that counsel and the Service had acted in good faith, and that they had tried to uphold their duty of candour in this matter and in the cases before Justice Kane and Justice Brown. The Attorney General had also argued that individual conduct was not in issue

1<sup>er</sup> novembre 2019, et le juge Gleeson a rendu sa décision le 15 mai 2020.

## II. Décision du juge Gleeson

[88] Le juge Gleeson a rendu une décision longue et étoffée qui touche à de nombreux éléments qui ne sont pas en cause en l'espèce. Partant, le présent sommaire porte sur le traitement qu'il a accordé à la question de l'obligation de franchise relativement à la légalité [\*\*\*des méthodes de collecte remises en question par le juge Noël\*\*\*] et au fait que le Service s'est appuyé sur des informations [\*\*\*provenant de ces méthodes de collecte.\*\*\*]

[89] Est aussi en cause sa conclusion selon laquelle, en raison de l'obligation de franchise, dans les circonstances uniques de l'affaire, les avocats étaient tenus de demander une renonciation au secret professionnel de l'avocat visant les avis juridiques donnés au Service, et ce, de façon proactive et avant de se présenter devant la Cour fédérale dans le cadre de la demande de mandats.

### A. *Obligation de franchise et problème d'illégalité*

[90] Après une longue rétrospective de l'affaire dont il était saisi et du [\*\*\*Dossier A\*\*\*], le juge Gleeson s'est d'abord penché sur le lien entre le problème d'illégalité découlant [\*\*\*des méthodes de collecte\*\*\*] et l'obligation de franchise. Il a conclu que le Service avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour fédérale en omettant de reconnaître et de communiquer à celle-ci de façon proactive qu'il s'était appuyé, dans les demandes de mandat [\*\*\*Dossier A\*\*\*] et [\*\*\*Dossier B\*\*\*] sur des informations probablement obtenues dans le cadre d'activités illégales (au paragraphe 93).

[91] Le juge Gleeson a lancé l'analyse menant à cette conclusion en affirmant que le procureur général avait reconnu qu'il y avait eu manquement à l'obligation de franchise, mais qu'il avait soutenu que les avocats et le Service avaient agi de bonne foi et tenté de respecter l'obligation dans l'affaire en cause et dans les demandes dont les juges Kane et Brown avaient été saisis. Selon le procureur général, les comportements individuels n'étaient pas en cause : le manquement était plutôt

in this case, but that the breach resulted from “institutional failures” that had prevented Service employees and counsel from recognizing the illegality issue and raising it with the Court: at paragraph 91.

[92] While seemingly accepting the Attorney General’s arguments, Justice Gleeson observed that such “institutional failures” did not lessen “the corrosive effect of the breach on the Court’s confidence in the Service’s ability to be candid”. According to Justice Gleeson, it suggested rather that the Court could not rely on the Service representatives appearing before it to be candid—not because of individual failings—but because of institutional failings that rendered it difficult or impossible for individuals to inform themselves of relevant information or to act on the information of which they are aware. According to Justice Gleeson, this was perhaps more troubling than a single individual’s failure to comply with the duty of candour: at paragraph 92.

[93] Justice Gleeson concluded this section of his analysis by finding that there was no doubt that the Service had breached its duty of candour “in this matter”. He further found that whether the Service had illegally collected information that was being relied on to support a warrant application was highly relevant to the Court’s assessment of that information, and to the ultimate exercise of the Court’s discretion to grant or refuse the warrants: at paragraph 93.

[94] Justice Gleeson noted that Justice Noël had clearly been concerned that payments had been made to an individual who had been involved in terrorism, explicitly referring to potential breaches of the terrorist financing provisions of the *Criminal Code*. While counsel had assured Justice Noël that the Service had “addressed the issue”, this was clearly not the case. While new counsel assigned to deal with [\*\*\*Case A\*\*\*] did subsequently acknowledge to Justice Noël that the legality of the Service’s actions was in issue, Justice Gleeson was of the view that this acknowledgement did not paint a full and candid picture of the history of the matter: at paragraphs 94–95.

attribuable à des « défaillances organisationnelles » qui avaient empêché les employés du Service et les avocats de constater le problème d’illégalité et de le signaler à la Cour fédérale (au paragraphe 91).

[92] S’il a semblé accepter les arguments du procureur général, le juge Gleeson a néanmoins souligné que de telles « défaillances organisationnelles » n’atténuaient en rien « l’effet d’effritement que produit ce manquement sur la confiance de la Cour [fédérale] envers la capacité du Service à faire preuve de franchise ». Selon lui, cela donnait à penser que la Cour fédérale ne pouvait pas tenir pour acquis que les personnes qui se présentaient devant elle faisaient preuve de franchise; il ne s’agissait pas de jeter le blâme sur les personnes elles-mêmes, mais d’envisager que des défaillances organisationnelles les empêchaient, en tout ou en partie, d’obtenir les informations utiles ou d’utiliser celles qu’elles possédaient. De l’avis du juge Gleeson, il aurait été moins troublant de constater que le manquement à l’obligation de franchise était le fait d’une seule personne (au paragraphe 92).

[93] Le juge Gleeson a conclu cette partie de l’analyse en statuant qu’il ne faisait aucun doute que le Service avait manqué à l’obligation de franchise « en l’espèce », ajoutant que la possibilité que le Service ait illégalement recueilli des informations utilisées en appui à une demande de mandats était un élément très pertinent, tant pour l’évaluation que faisait la Cour fédérale de ces informations que pour l’exercice de son pouvoir discrétionnaire quant à la délivrance des mandats (au paragraphe 93).

[94] Le juge Gleeson a souligné que le juge Noël était manifestement préoccupé par le fait que des paiements avaient été versés à une personne impliquée dans des activités terroristes et avait explicitement fait allusion à de possibles infractions aux dispositions du *Code criminel* sur le financement d’activités terroristes. Même si l’avocat avait assuré au juge Noël que le Service « avait réglé le problème », ce n’était visiblement pas le cas. Si, par la suite, le nouvel avocat chargé du [\*\*\*Dossier A\*\*\*] a effectivement reconnu au juge Noël que la légalité des actes du Service était en cause, le juge Gleeson a toutefois estimé que cela ne traçait pas un portrait complet et franc de l’historique de l’affaire (aux paragraphes 94 et 95).

[95] Justice Gleeson stated that he immediately attributed the failure to accurately respond to Justice Noël's concerns to counsel, but that this failure had to be placed in its broader, more concerning context. He noted that Service advisors had been aware for years that the Service was gathering information to be used in warrant applications through activities that were, on their face, illegal. Despite this, experienced Service counsel was apparently unaware that illegality was an issue when he appeared before Justice Noël in April of 2018. According to Justice Gleeson, this demonstrated “not only a lack of individual awareness but also a severe institutional failing”: at paragraph 96. As will be discussed below, these broader concerns were considered in greater detail further on in Justice Gleeson's reasons.

*B. Whether Duty of Candour Required that the Service Proactively Disclose Legal Advice to the Court*

[96] Justice Gleeson was also very concerned that the Service had continued to engage in potentially illegal activities, even after it had been told that the Crown immunity defence would not be available to it.

[97] After reviewing the legal advice that had been provided to the Service over time, Justice Gleeson stated that “[i]t is difficult to overstate how disturbing these circumstances are. Operational activity was undertaken in the face of legal advice to the effect that the activity was not authorized by the CSIS Act.” He further noted that reliance had been placed on the Crown immunity doctrine “despite the Service having been advised by senior counsel ... that “[b]estowing of Crown immunity on CSIS is not consistent with the CSIS Act.” Nevertheless, the Service continued to rely on Crown immunity, with the apparent acquiescence of the Department of Justice, notwithstanding the unambiguous direction from the Minister that “the Service must observe the rule of law in discharging its responsibilities”: at paragraph 122.

[95] Le juge Gleeson a déclaré qu'il estimait d'emblée que l'avocat portait le blâme de ne pas avoir répondu avec exactitude aux préoccupations du juge Noël, mais qu'il comprenait que ce manquement s'inscrivait dans un contexte élargi et, de ce fait, inquiétant. Il a souligné que les conseillers du Service savaient depuis des années que celui-ci recueillait des informations à l'appui des demandes de mandats au moyen d'activités illégales à première vue et que, malgré cela, un avocat aguerri du Service ignorait apparemment qu'il y avait un problème d'illégalité lorsqu'il s'est présenté devant le juge Noël en avril 2018. Selon le juge Gleeson, cela démontrait « non seulement une certaine méconnaissance sur le plan personnel, mais aussi l'existence de graves défaillances organisationnelles » (au paragraphe 96). Comme il en sera question ci-dessous, le juge Gleeson a approfondi ces grandes préoccupations plus loin dans ses motifs.

*B. Possibilité qu'en raison de l'obligation de franchise, le Service ait été tenu de communiquer des avis juridiques à la Cour fédérale de façon proactive*

[96] Le juge Gleeson était également très préoccupé par la possibilité que le Service ait continué de mener des activités peut-être illégales, même après avoir appris qu'il ne pourrait pas invoquer l'immunité de l'État comme moyen de défense.

[97] Après avoir pris connaissance des avis juridiques donnés au Service au fil du temps, le juge Gleeson a affirmé qu'il était « difficile de trop insister sur le caractère troublant de ces circonstances. Des activités opérationnelles ont été entreprises malgré un avis juridique précisant que la Loi sur le SCRS ne les cautionnait pas ». Il a ajouté que le Service s'était appuyé sur le principe de l'immunité de l'État, « même si [un] avoca[t] principa[l] [...] lui avait affirmé que “[l]e fait de reconnaître l'immunité de l'État au SCRS ne s'accord[ait] pas avec la Loi sur le SCRS” ». Le Service a néanmoins continué de s'appuyer sur ce principe, avec — semble-t-il — l'accord tacite du ministère de la Justice, même s'il s'était vu signifier sans équivoque par le ministre qu'il devait « exercer ses fonctions dans le respect de la primauté du droit » (au paragraphe 122).

[98] Justice Gleeson then found that the Service counsel breached the duty of candour owed to the Court by failing to seek a waiver of the solicitor-client privilege that attached to the legal advice that had been obtained by the Service with respect to the legality of [\*\*\*certain collection methods\*\*\*] and the unavailability of the Crown immunity defence: at paragraph 134.

[99] The *amici* had argued before Justice Gleeson that the candour breach continued even after counsel identified illegality as an issue in [\*\*\*Case A\*\*\*] because counsel did not candidly advise the Court that the Service was aware, based on the legal advice, of the illegal character of the collection activities it had undertaken. The *amici* had submitted to Justice Gleeson that counsel was required to proactively seek a waiver of the solicitor-client privilege that attached to this legal advice prior to appearing before the Court so as to allow these circumstances to be fully disclosed.

[100] Justice Gleeson noted that counsel appearing for the Service in [\*\*\*Case B\*\*\*] had provided evidence in this proceeding and had testified that she was mindful of her obligations to not disclose legal advice that had been provided to the Service. Justice Gleeson noted that counsel had also asserted that, in her view, she was under no obligation to disclose the Service's degree of knowledge as to the potential illegality of [\*\*\*certain collection methods\*\*\*] or the legal conclusions that had been reached within the NSLAG at that point in the proceedings: at paragraph 133.

[101] However, Justice Gleeson accepted the *amici*'s argument, finding that in the “unique circumstances” of this case, the duty of candour required that counsel seek a waiver of privilege prior to appearing before the Court on the warrant application: at paragraph 134.

[102] Justice Gleeson recognized, however, that counsel had been faced with a difficult task in balancing her duty of candour against her duty to protect the solicitor-client privilege that attached to the legal advice that had been

[98] Le juge Gleeson a ensuite statué que l'avocat du Service avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour fédérale en omettant de demander une renonciation au secret professionnel de l'avocat relativement aux avis juridiques obtenus par le Service quant à la légalité [\*\*\*de certaines méthodes de collecte\*\*\*] et à l'impossibilité d'invoquer l'immunité de l'État comme moyen de défense (au paragraphe 134).

[99] Les *amici* ont soutenu au juge Gleeson que le manquement à l'obligation de franchise s'était poursuivi même après que l'avocat eut reconnu le problème de l'illégalité dans le [\*\*\*Dossier A\*\*\*], et ce, parce qu'il n'avait pas avisé la Cour fédérale en toute franchise que le Service, en raison des avis juridiques qu'il avait reçus, était au courant du caractère illégal des activités de collecte entreprises. Selon les *amici*, pour que les circonstances aient pu être pleinement exposées, il aurait fallu que l'avocat demande de façon proactive une renonciation au secret professionnel ayant trait à ces avis avant de se présenter devant la Cour fédérale.

[100] Le juge Gleeson a souligné que l'avocate qui avait représenté le Service dans le [\*\*\*Dossier B\*\*\*] avait reconnu qu'elle était consciente de son obligation de ne rien divulguer des avis juridiques fournis au Service. Selon le juge Gleeson, elle avait aussi soutenu qu'à son avis, rien ne l'obligeait à communiquer l'état des connaissances du Service sur la possible illégalité [\*\*\*de certaines méthodes de collecte\*\*\*] ni les conclusions juridiques auxquelles était parvenu le GLCSN à cette étape de l'instance (au paragraphe 133).

[101] Toutefois, le juge Gleeson a admis l'argument des *amici*, concluant que, dans les « circonstances uniques » de l'affaire, en raison de l'obligation de franchise, l'avocate était tenue de demander une renonciation au secret professionnel avant de se présenter devant la Cour fédérale dans le cadre de la demande de mandats (au paragraphe 134).

[102] Le juge Gleeson a cependant reconnu que l'avocate avait eu la tâche difficile d'équilibrer, d'une part, l'obligation de franchise et, d'autre part, l'obligation relative au secret professionnel ayant trait aux avis juridiques



received by the Service. He went on to state that how counsel were to resolve these conflicting duties required “active consideration and discussion in advance of a situation such as the one that arose”. He further found that “[n]either the Service nor the Department of Justice were well-positioned to identify and engage in a principled balancing of the competing interests early on in the process” and that “[t]his needs to be addressed moving forward”: at paragraph 134.

*C. The Causes of the Breach of the Duty of Candour*

[103] These findings led Justice Gleeson to then examine the causes of the breach of the duty of candour and what he saw as the institutional and systemic issues that had contributed to the candour breach in this case.

[104] Justice Gleeson reviewed the voluminous body of evidence before him, including the various legal opinions that had been provided to the Service with respect to the availability of the Crown immunity defence. He also considered matters such as the role of the Department of Justice and its legal risk assessment framework, NSLAG’s knowledge management and information sharing processes, information silos and compartmentalization, communications among senior Service officials and the Service’s warrant application process. He then concluded that “[t]he circumstances disclosed here suggest a degree of institutional disregard for—or, at the very least, a cavalier institutional approach to—the duty of candour and regrettably the rule of law”: at paragraph 163.

[105] In addressing what he viewed as the causes of the breach of the duty of candour, Justice Gleeson noted that the evidence before him indicated that the issue of the potential illegality of the Service’s operations had been widely known within the circle of the organizations and institutions that play a role in the oversight or management of such operations. However, despite this widespread knowledge, and the potential relevance that the issue of illegality had in the context of warrant applications, the illegality issue was never brought to the

donnés au Service. Selon lui, pour composer avec ces obligations concurrentes, un avocat doit « étudier activement et [...] discuter de la résolution de ces conflits [...] avant toute situation comme celle en l’espèce ». Il a ajouté que « [n]i le Service ni le ministère de la Justice n’étaient bien placés pour reconnaître la situation et réaliser, très tôt dans le processus, une mise en balance des intérêts concurrents fondée sur des principes », et qu’il était « nécessaire de régler cette question » (au paragraphe 134).

*C. Causes du manquement à l’obligation de franchise*

[103] Ces conclusions ont mené le juge Gleeson à se pencher sur les causes du manquement à l’obligation de franchise et sur ce qu’il considérait être les problèmes systémiques et organisationnels y ayant contribué.

[104] Le juge Gleeson a passé en revue la preuve volumineuse qu’il avait en main, y compris les différents avis juridiques donnés au Service quant à la possibilité d’invoquer l’immunité de l’État comme moyen de défense. En outre, il a pris en considération des facteurs comme le rôle du ministère de la Justice et de son cadre d’évaluation des risques juridiques, les processus de gestion des connaissances et de communication d’informations du GLCSN, le cloisonnement des informations, la communication entre les cadres supérieurs du Service ainsi que le processus de demande de mandats. Il a conclu que « [l]es circonstances exposées dans les présentes donnent à penser qu’à l’échelle organisationnelle, dans une certaine mesure, les différents intervenants ont fait peu de cas de l’obligation de franchise et — malheureusement — de la primauté du droit ou, tout au moins, ont adopté à leur égard une attitude cavalière » (au paragraphe 163).

[105] Dans son examen des facteurs qui, à son avis, ont été à l’origine du manquement à l’obligation de franchise, le juge Gleeson a souligné que, selon la preuve dont il disposait, le problème de la possible illégalité des opérations du Service était très bien connu dans le cénacle des organisations et des institutions qui jouent un rôle dans la surveillance ou la gestion de telles opérations. Toutefois, malgré cette connaissance répandue et l’importance éventuelle du problème de l’illégalité dans le contexte des demandes de mandats, cette question

Court’s attention, and “only the Court was left in the dark”: at paragraph 168.

[106] According to Justice Gleeson, this was “inexcusable”, especially given that there was “a heightened awareness of the import of the duty of candour and ongoing engagement between the Court, the Service and the Department of Justice in the aftermath of [the Federal Court’s decision in *X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396] and the Segal Report”: at paragraph 168.

[107] Justice Gleeson further found that the breach of candour in this case was “symptomatic of broader, ongoing issues relating to the Service’s organizational and governance structure and perhaps institutional culture.” He noted that questions had been raised with respect to the way in which legal services were structured and delivered to the Service and that, “even more fundamentally, the roles and responsibilities of AGC counsel.” In particular, Justice Gleeson asked rhetorically why interim measures to address the issue of illegality had not been pursued before January of 2019: at paragraph 170.

[108] Justice Gleeson noted that the Supreme Court had observed in *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, (1999), 171 D.L.R. (4th) 193 (*Campbell and Shirose*) that any police illegality is a serious matter, but that police illegality that is planned and approved and is implemented “in defiance of legal advice would, if established, suggest a potential systemic problem concerning police accountability and control”: *Campbell and Shirose*, at paragraph 73, quoted in Justice Gleeson’s decision, at paragraph 171. While these comments were made in the context of police illegality, Justice Gleeson observed that illegality on the part of the Service is as serious as police illegality: at paragraph 172.

[109] After discussing the need for public confidence in the Service, Justice Gleeson noted that the Court also had to be able to have confidence in the organization,

n’avait jamais été portée à l’attention de la Cour fédérale qui, « seule [...] [avait] été laissée dans l’ignorance » (au paragraphe 168).

[106] Le juge Gleeson était d’avis que « [r]ien n’excus[ait] cet état de fait », compte tenu surtout du fait que, « dans la foulée de la décision [de la Cour fédérale dans *X (Re)*, 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396] et du rapport Segal, la Cour [fédérale], le Service et le ministère de la Justice [étaient] très sensibilisés à l’importance de l’obligation de franchise et entre[tenaient] une collaboration à ce sujet » (au paragraphe 168).

[107] Le juge Gleeson a conclu en outre que le manquement à l’obligation de franchise en cause était « un symptôme de problèmes plus profonds et récurrents qui [avaient] trait à la structure du Service, à sa gouvernance et, peut-être à sa culture organisationnelle ». Il a souligné que des questions avaient été soulevées quant à l’organisation et à la prestation des services juridiques au SCRS et, « de manière plus fondamentale, quant aux rôles et aux responsabilités des avocats du procureur général ». En particulier, le juge Gleeson s’est demandé pourquoi aucune mesure temporaire n’avait été prise avant janvier 2019 pour régler le problème de l’illégalité (au paragraphe 170).

[108] Le juge Gleeson a souligné que la Cour suprême avait fait observer, au paragraphe 73 de l’arrêt *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565 (*Campbell et Shirose*), qu’une illégalité de quelque sorte commise par la police est une affaire grave, mais qu’une illégalité policière planifiée, approuvée et mise en œuvre « en dépit d’un avis juridique contraire pourrait indiquer, si cela était établi, un problème systémique potentiel en matière de responsabilisation et de contrôle de la police » (cité dans la décision du juge Gleeson, au paragraphe 171). Bien que ces commentaires aient été formulés dans un contexte d’illégalité policière, le juge Gleeson a tout de même fait remarquer qu’une illégalité attribuable au Service était tout aussi grave (au paragraphe 172).

[109] Après avoir abordé l’importance de la confiance du public pour le Service, le juge Gleeson a souligné que la confiance nécessaire de la Cour fédérale envers

and that the Court’s confidence in the Service had once again been shaken. In coming to this conclusion, Justice Gleeson referred to the fact that the illegality, or the likelihood thereof, of the payments made [\*\*\*] “was not proactively disclosed; in fact it was not even identified by the Service or the Department of Justice in the preparation of warrants”: at paragraph 174.

[110] Justice Gleeson further noted that the illegality in this case “did not arise in context of exigent or unforeseen circumstances; it arose in the context of a difficult reality.” According to Justice Gleeson, the institutional response to that difficult reality “was to act as though it did not exist”: at paragraph 174.

[111] Justice Gleeson concluded his findings with respect to the duty of candour by observing that the circumstances and events that led to the Service engaging in illegal acts contrary to legal advice warranted a comprehensive and detailed review—one that was mandated to consider “broad issues of institutional structure, governance and culture within both the Service and relevant elements of the Department of Justice”. According to Justice Gleeson “[a]nything less than this will, in my view, fall short of ensuring that confidence and trust in the Service as a key national institution is restored and enhanced”: at paragraph 174. While recognizing that it was beyond his authority to order a review of this type, he strongly recommended that such a review take place: at paragraph 175.

*D. The Factors to be Considered in Assessing whether Information Connected to Illegal Conduct Should be Admitted in Support of a Warrant Application*

[112] After considering a number of other issues that need not be addressed here, Justice Gleeson concluded that illegally obtained evidence did not automatically have to be excised from warrant applications: at paragraphs 186–187. He then addressed the factors that the Court should consider in determining whether information connected to illegal activity should be admitted in support of a warrant application.

le Service avait été ébranlée une fois de plus, faisant remarquer que l’illégalité — avérée ou probable — des paiements versés [\*\*\*] « n’a[vait] pas été communiquée de façon proactive » et qu’en fait, « elle a[vait] été passée sous silence par le Service ou le ministère de la Justice dans le processus de préparation des mandats » (au paragraphe 174).

[110] Le juge Gleeson a ajouté que l’illégalité « n’a[vait] pas découlé de situations d’urgences ou d’imprévus, mais bien d’une réalité difficile » à laquelle, selon lui, l’organisation avait réagi en faisant « comme si de rien n’était » (au paragraphe 174).

[111] En conclusion de ses observations relatives à l’obligation de franchise, le juge Gleeson a souligné que les circonstances et les événements qui ont mené le Service à agir dans l’illégalité malgré des avis juridiques justifiaient un examen approfondi qui devait tenir compte des « grandes questions touchant la structure organisationnelle, la gouvernance et la culture tant au Service qu’au sein des composantes concernées du ministère de la Justice ». À son avis, « toute démarche de portée inférieure ne saurait assurer le rétablissement et l’accroissement de la confiance dont jouit le Service à titre d’institution nationale essentielle » (au paragraphe 174). S’il a reconnu ne pas avoir le pouvoir d’ordonner un tel examen exhaustif, il en a chaudement recommandé la réalisation (au paragraphe 175).

*D. Facteur à prendre en considération pour déterminer s’il y a lieu d’utiliser des informations découlant d’actes illégaux en appui à une demande de mandats*

[112] Après s’être penché sur un certain nombre de questions sans incidence en l’espèce, le juge Gleeson a conclu qu’il n’y avait pas lieu d’exclure automatiquement des demandes de mandats les éléments de preuve obtenus illégalement (aux paragraphes 186 et 187). Il a ensuite abordé les facteurs dont la Cour fédérale devrait tenir compte pour déterminer si des informations découlant d’activités illégales pouvaient être utilisées en appui à une demande de mandats.

[113] After reviewing the relevant jurisprudence, Justice Gleeson held at paragraph 195 of his decision that the Court should consider three factors when determining whether illegally obtained evidence should be admitted in support of a warrant application. These factors are:

- (1) the seriousness of the illegal activity;
- (2) fairness; and
- (3) the societal interest.

[114] Justice Gleeson further stated that each factor required that the Court consider a series of sub-questions, some of which are relevant to the issues on this appeal. These sub-questions are:

A. Seriousness of the Illegal Activity:

- i. Was the illegality minor, technical or trivial, or was it a significant breach of the law?
- ii. Did the illegality arise out of inadvertent or unwitting conduct undertaken in good faith, or was it pursued knowingly, out of ignorance, recklessness, negligence, or willful blindness?
- iii. Was the illegality isolated or part of a broader pattern of conduct?

B. Fairness:

- i. How closely linked was the illegal activity to the collection of the information?
- ii. Did the illegality meaningfully impact on individual legal rights or interests?
- iii. Does the illegality undermine the credibility or reliability of the information?

[113] Après avoir passé en revue la jurisprudence pertinente, le juge Gleeson a soutenu (au paragraphe 195) que la Cour fédérale devrait tenir compte de trois facteurs lorsqu'elle détermine s'il y a lieu d'utiliser des informations découlant d'actes illégaux en appui à une demande de mandats :

- 1) la gravité de l'acte illégal;
- 2) l'équité;
- 3) l'intérêt de la collectivité.

[114] Le juge Gleeson a ajouté que chacun des facteurs s'accompagne de questions auxquelles la Cour fédérale doit donner réponse, dont certaines sont pertinentes en l'espèce.

A. Gravité de l'acte illégal

- i. S'agit-il d'un acte mineur, technique ou banal, ou s'agit-il d'une infraction grave?
- ii. S'agit-il d'un acte commis de bonne foi, de façon involontaire ou par inadvertance, ou s'agit-il d'un geste posé en toute connaissance de cause, par ignorance, insouciance, négligence ou aveuglement volontaire?
- iii. Est-ce un acte isolé ou s'inscrit-il dans un ensemble de comportements?

B. Équité [Retour à la TABLE DES MATIÈRES]

- i. À quel point l'acte illégal est-il lié à la collecte d'informations?
- ii. L'acte illégal a-t-il empiété de façon importante sur les droits ou les intérêts individuels?
- iii. Le caractère illégal de l'acte remet-il en cause la crédibilité ou la fiabilité des informations?

## C. Societal Interest:

- i. Are there extenuating circumstances including, but not limited to, the immediacy or severity of any threat to the security of Canada, linked to the unlawfulness?
- ii. Are there any other factors that arise out of the unique circumstances of the case?

[115] Neither the Attorney General nor the *amici* take issue with this test. The *amici* argue, however, that the seriousness of the illegal activity is very much in issue in this case. In particular, the *amici* point to the fact that the illegality on the part of the Service in this case was not minor, technical or trivial, but was, rather, a significant breach of the law that was pursued knowingly, in the face of legal advice, and that it formed part of a broader pattern of conduct.

III. Issues

[116] The overarching issue on this appeal is whether Justice Gleeson erred in finding that the Service had breached the duty of candour that it owed to the Court in [\*\*\*Case B\*\*\*]

[117] In particular, the Attorney General challenges Justice Gleeson's finding that the Service had breached its duty of candour in failing to identify and disclose that information that was being relied upon in both [\*\*\*Case A\*\*\*] and [\*\*\*Case B\*\*\*] had likely been derived from illegal activities. While the Attorney General concedes that issues of potential illegalities committed in the course of the Service's investigation should have been more clearly brought to the attention of Justice Noël in [\*\*\*Case A\*\*\*] he contends that no such concession was made with regard to [\*\*\*Case B\*\*\*]

[118] The Attorney General further contends that Justice Gleeson erred in finding that in the "unique circumstances" of this case, counsel for the Service had a duty to proactively seek a waiver of the solicitor-client privilege that attached to the legal advice that the Service had received with respect to the legality of [\*\*\*certain collection methods\*\*\*] and the payments and benefits

## C. Intérêt de la collectivité

- i. Existe-t-il des circonstances atténuantes liées à l'acte illégal, par exemple la gravité ou l'imminence d'une menace pour la sécurité du Canada?
- ii. D'autres facteurs découlent-ils des circonstances uniques de l'affaire?

[115] Ni le procureur général ni les *amici* ne contestent ces facteurs. Toutefois, les *amici* soutiennent que la gravité de l'acte illégal constitue un point très important en l'espèce. En particulier, ils font valoir que l'acte commis par le Service n'avait rien de mineur, de technique, ni de banal, mais qu'il constituait plutôt une infraction grave commise en toute connaissance de cause malgré un avis juridique, et s'inscrivait dans un ensemble de comportements.

III. Questions

[116] La question principale en l'espèce est la suivante : le juge Gleeson a-t-il conclu à tort que le Service avait manqué à son obligation de franchise envers la Cour fédérale dans le [\*\*\*Dossier B\*\*\*]?

[117] En particulier, le procureur général conteste la conclusion du juge Gleeson selon laquelle le Service a manqué à son obligation de franchise en négligeant de reconnaître et de communiquer de façon proactive qu'il avait utilisé, dans les [\*\*\*Dossier A\*\*\*] et [\*\*\*Dossier B\*\*\*], des informations découlant probablement d'activités illégales. Si le procureur général admet que la question des actes illégaux ayant pu être commis au cours de l'enquête du Service aurait dû être portée plus clairement l'attention du juge Noël dans le [\*\*\*Dossier A\*\*\*], il soutient que rien de tel n'a été reconnu relativement au [\*\*\*Dossier B\*\*\*].

[118] Le procureur général soutient également que le juge Gleeson a commis une erreur lorsqu'il a conclu que, dans les « circonstances uniques » de l'affaire, l'avocat du Service était tenu, d'une part, de demander de façon proactive une renonciation au secret professionnel ayant trait aux avis juridiques obtenus par le Service quant à la légalité [\*\*\*de certaines méthodes de collecte\*\*\*]

provided to [\*\*\*targets\*\*\*] and to provide that advice to the Court.

[119] There is no issue between the parties that the applicable standard of review is that set out in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. This is indeed the standard that has been applied by this Court in matters involving the issuance of warrants pursuant to sections 12, 16 and 21 of the Act, and more generally when this Court sits on appeal from Federal Court decisions relating to national security: see *X (Re)*, 2014 FCA 249, [2015] 1 F.C.R. 684, at paragraphs 41–42; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344. Accordingly, pure questions of fact are reviewed on correctness, whereas findings of fact and of mixed fact and law are reviewed on the standard of palpable and overriding error, unless an extricable error in principle is established. If an extricable question of law or legal principle can be identified, the standard of correctness applies.

#### A. *The Duty of Candour*

[120] The duty to make full, fair and frank disclosure of all material facts on *ex parte* applications is a well-established principle, and the judge’s articulation of the scope and content of that duty is clearly a question of law reviewable on a correctness standard. To what extent, if at all, the duty of candour requires counsel to seek a waiver of solicitor-client privilege or the disclosure of legal advice, for example, is clearly a question of law. On the other hand, whether the judge erred in finding that the duty of candour was breached as a result of a failure to disclose material facts (e.g. illegal activities) is a question of mixed fact and law that attracts a lower level of scrutiny.

[121] The duty of candour is central to the repute of the administration of justice. As officers of justice, counsel in particular are bound by their professional code of

ainsi que des paiements versés et des avantages procurés [\*\*\*à des cibles\*\*\*] et, d’autre part, de remettre ces avis à la Cour fédérale.

[119] Les parties conviennent que la norme de contrôle applicable est celle qui a été établie dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235. Il s’agit effectivement de la norme qu’applique la Cour dans les affaires impliquant la délivrance de mandats en vertu des articles 12, 16 et 21 de la Loi sur le SCRS et, plus généralement, quand elle entend l’appel interjeté d’une décision de la Cour fédérale ayant trait à la sécurité nationale. Voir à cet effet *X (Re)*, 2014 CAF 249, [2015] 1 R.C.F. 684, aux paragraphes 41 et 42, ainsi que *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344. Partant, la Cour examine les pures questions de droit selon la norme de la décision correcte, tandis que les conclusions de fait et les questions mixtes de faits et de droit sont assujetties à la norme de l’erreur manifeste et dominante, à moins qu’il ne soit établi qu’une erreur de principe isolable a été commise. S’il existe une question de droit ou un principe juridique isolable, la norme de la décision correcte s’applique.

#### A. *Obligation de franchise*

[120] L’obligation de communiquer de façon pleine et entière l’ensemble des faits importants ayant trait à une demande présentée *ex parte* est un principe bien établi, et la détermination, par le juge, de la portée et de la teneur de cette obligation est de toute évidence une question de droit susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte. La mesure dans laquelle l’obligation de franchise exige — peut-être — d’un avocat qu’il demande une renonciation au secret professionnel ou qu’il communique un avis juridique, par exemple, constitue manifestement une question de droit. Par contre, déterminer si un juge a conclu à tort à un manquement à l’obligation de franchise attribuable à l’omission de communiquer des faits importants (p. ex. des activités illégales) est une question mixte de faits et de droit à laquelle s’applique une norme de contrôle inférieure.

[121] L’obligation de franchise est au cœur de la considération dont jouit l’administration de la justice. En particulier, le code de déontologie professionnelle des avocats

conduct to treat courts and tribunals with fairness and in a way that promotes the parties' right to a fair hearing in which justice can be done. Where a party is before a court on an *ex parte* basis, that duty is elevated and the party must act in utmost good faith, both in the representations made and in the evidence presented. As the Supreme Court stated in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraph 27, "[t]he evidence presented must be complete and thorough and no relevant information adverse to the interest of that party may be withheld". See also: *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253 (*Morelli*), at paragraph 102. The breach of that duty can be visited with legal consequences, and most codes of professional conduct also impose such an ethical obligation on lawyers: see, for example, Federation of Law Societies of Canada, *Model Code of Professional Conduct*, as amended October 19, 2019, paragraph 5.1-1, page 79.

[122] The rationale behind the duty of candour is obvious: when the Court hears an *ex parte* motion in the absence of one of the parties and is at the mercy of the party bringing the motion, the ordinary checks and balances of the adversarial system do not operate, and the opposite party is deprived of the opportunity to challenge the factual and legal grounds advanced by the moving party. This is why the Court must be able to trust that all material information will be laid before it. The duty is shared by counsel and the affiant: *R. v. Land* (1990), 55 C.C.C. (3d) 382 (Ont. H.C.J.), at page 398; *R. v. Lee*, 2007 ABQB 767, [2008] 8 W.W.R. 317, at paragraph 28; *R. v. Ebanks*, [2007] O.J. No. 2412 (QL) (S.C.J.) (*Ebanks*), at paragraph 26.

[123] The duty of candour has been applied in all kinds of *ex parte* proceedings. *Mareva* and *Anton Piller* orders, for example, have been held to trigger a high standard of disclosure: *Roofmart Ontario Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2020 FCA 85, 448 D.L.R. (4th) 437, at paragraph 52; *Secure 2013 Group Inc. v. Tiger Calcium Services Inc.*, 2017 ABCA 316, 58 Alta. L.R. (6th) 209, at paragraph 46; *United States of America v. Friedland*,

exige d'eux qu'à titre d'officiers de justice, ils traitent les tribunaux avec équité et de manière favorable au droit des parties à un procès équitable, au terme duquel justice peut être rendue. Cette obligation est d'autant plus importante au cours d'une audience *ex parte*, et la partie qui y plaide doit faire preuve de la bonne foi la plus absolue, tant pour ce qui est des observations que pour les éléments de preuve. Comme l'énonce la Cour suprême dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, au paragraphe 27, « [e]lle doit offrir une preuve complète et détaillée, et n'omettre aucune donnée pertinente qui soit défavorable à son intérêt ». Voir aussi *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253 (*Morelli*), au paragraphe 102. Tout manquement à cette obligation entraîne des conséquences juridiques; pour la plupart, les codes de déontologie professionnelle imposent également une telle obligation éthique aux avocats. À titre d'exemple, se reporter au point 5.1-1 du *Code type de déontologie professionnelle* (tel que modifié le 19 octobre 2019) de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, à la page 88.

[122] L'obligation de franchise a une justification évidente : la Cour fédérale, lorsqu'elle entend une requête *ex parte* — donc, en l'absence d'une des parties — se trouve à la merci de la partie qui présente la requête; partant, les freins et contrepoids ordinaires du système contradictoire sont absents, et la partie absente n'a pas la possibilité de contester les motifs factuels et juridiques avancés par le requérant. C'est pourquoi la Cour fédérale doit pouvoir avoir la certitude que toutes les informations importantes lui seront présentées. L'avocat et le déposant partagent cette obligation; voir à ce propos *R. v. Land* (1990), 55 C.C.C. (3d) 382 (H.C.J. de l'Ont.), à la page 398; *R. v. Lee*, 2007 ABQB 767, [2008] 8 W.W.R. 317, au paragraphe 28; *R. v. Ebanks*, [2007] O.J. n° 2412 (QL) (C.S.J.) (*Ebanks*), au paragraphe 26.

[123] L'obligation de franchise a été appliquée dans toutes sortes d'instances *ex parte*. À titre d'exemple, les injonctions de type *Mareva* et les ordonnances *Anton Piller* ont été assujetties à une norme de communication élevée : *Roofmart Ontario Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2020 CAF 85, au paragraphe 52; *Secure 2013 Group Inc. v. Tiger Calcium Services Inc.*, 2017 ABCA 316, 58 Alta. L.R. (6th) 209, au paragraphe 46; *United States of*

30 O.R. (3d) 568, [1996] O.J. No. 3375 (QL) (Gen. Div.), at paragraph 9; *Green v. Jernigan*, 2003 BCSC 1097, 18 B.C.L.R. (4th) 366, at paragraph 25. The same stringent standard has been applied in the context of an *ex parte* order for exclusive possession of a matrimonial home in the context of divorce proceedings (*Nafie v. Badawy*, 2015 ABCA 36, 381 D.L.R. (4th) 208, at paragraph 127), when issuing an order for service *ex juris* (*Nexen Energy ULC v. ITP SA*, 2020 ABQB 83, [2020] A.J. No. 166 (QL), at paragraphs 72–76), when applying for an order permitting seizure of private property without notice (*British Columbia (Director of Civil Forfeiture) v. Angel Acres Recreation and Festival Property Ltd.*, 2010 BCCA 539, 12 B.C.A.C. 230, at paragraphs 16–30), in a motion for an *ex parte* order to enforce a foreign arbitral award (*TMR Energy Ltd. v. State Property Fund of Ukraine*, 2005 FCA 28, [2005] 3 F.C.R. 111, at paragraphs 63 ff), and in an *ex parte* application for a garnishing order before an action (*Environmental Packaging Technologies, Ltd. v. Rudjuk*, 2012 BCCA 342, 326 B.C.A.C. 213, at paragraphs 36–51). An interesting and extensive discussion of the duty of candour in the context of *ex parte* orders made pursuant to the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3 can also be found in *Marciano (Séquestre de)*, 2012 QCCA 1881, [2012] R.J.Q. 2001, at paragraphs 40–57.

[124] Needless to say, the duty of candour is particularly critical when the Service applies for warrants pursuant to section 21 of the Act, not only because of their breadth and intrusiveness but also because they rarely lead to a criminal prosecution. This contrasts with *ex parte* applications for search and seizure warrants issued under the *Criminal Code*.

[125] Under section 196 of the *Criminal Code*, persons whose private communications have been intercepted pursuant to a judicial authorization delivered *ex parte* in accordance with section 185 of the Code must be notified, generally within 90 days after the period for which the authorization was given, that they were the subject of such interceptions. Similarly, section 490 of the *Criminal Code* sets out an elaborate procedure

*America v. Friedland* (1996), 30 O.R. (3d) 568, [1996] O.J. n° 3375 (QL) (Div. gén.), au paragraphe 9; *Green v. Jernigan*, 2003 BCSC 1097, 18 B.C.L.R. (4th) 366, au paragraphe 25. La même norme rigoureuse a été appliquée dans différents contextes : une ordonnance *ex parte* quant à la possession exclusive du domicile conjugal (*Nafie v. Badawy*, 2015 ABCA 36, 381 D.L.R. (4th) 208, au paragraphe 127); une ordonnance de signification *ex juris* (*Nexen Energy ULC v. ITP SA*, 2020 ABQB 83, [2020] A.J. n° 166 (QL), aux paragraphes 72 à 76); une demande d'ordonnance de saisie de biens privés sans avis (*British Columbia (Director of Civil Forfeiture) v. Angel Acres Recreation and Festival Property Ltd.*, 2010 BCCA 539, 12 B.C.A.C. 230, aux paragraphes 16 à 30); une requête en délivrance d'une ordonnance *ex parte* visant l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère (*TMR Energy Ltd. c. State Property Fund of Ukraine*, 2005 CAF 28, [2005] 3 R.C.F. 111, aux paragraphes 63 et suiv.); une demande d'ordonnance de saisie-arrêt présentée *ex parte* avant une action (*Environmental Packaging Technologies, Ltd. v. Rudjuk*, 2012 BCCA 342, 326 B.C.A.C. 213, aux paragraphes 36 à 51). L'arrêt *Marciano (Séquestre de)*, 2012 QCCA 1881, [2012] R.J.Q. 2001, aux paragraphes 40 à 57, contient également une discussion intéressante et approfondie sur l'obligation de franchise dans le contexte d'ordonnances rendues *ex parte* en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3.

[124] Il va sans dire que l'obligation de franchise revêt une importance particulière dans le contexte des demandes de mandats faites par le Service en vertu de l'article 21 de la Loi sur le SCRS, non seulement en raison de la portée et du caractère intrusif de tels documents, mais aussi parce qu'ils mènent rarement à des poursuites criminelles, contrairement aux mandats de perquisition permettant la saisie demandés *ex parte* en vertu du *Code criminel*.

[125] En application de l'article 196 du *Code criminel*, quiconque dont les communications ont été interceptées en vertu d'une autorisation judiciaire obtenue *ex parte* conformément à l'article 185 doit être avisé, généralement dans les 90 jours qui suivent la période pour laquelle l'autorisation a été donnée, qu'il faisait l'objet d'une telle interception. De manière similaire, l'article 490 du *Code criminel* prévoit une procédure détaillée de détention et



governing the retention and the return of things seized pursuant to a search warrant. In both cases, the target of the search and seizure can challenge the warrant authorizing it. Moreover, an accused is entitled to a pre-trial hearing (also referred to as a “*Garofoli*” hearing, named after the Supreme Court decision allowing for such procedure: see *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, (1990), 60 C.C.C. (3d) 161) to determine whether the wiretap authorization complies with section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter) and, if not, whether the evidence should be excluded under subsection 24(2) of the Charter. In the course of that proceeding, the accused is entitled to have the contents of the affidavits upon which the authorization to intercept the communications was granted, subject to editing, in order to enable him to make full answer and defence.

[126] Unless a warrant issued under section 21 of the Act leads to a criminal prosecution, which is the exception rather than the rule, the target of the warrant will never know that he or she was the subject of investigative measures or information collection and there will never be *ex post facto* adversarial litigation over the propriety or legality of the warrant. The Court will therefore be, in most instances, the only check on state power since the target of the warrant cannot rely on the adversarial process to test the assertions made by the Service. This very special feature of the warrants issued to the Service, for the investigation of threats to the security to Canada and the performance of its duties under section 16 of the Act, makes it even more incumbent on counsel and affiants to show the highest degree of good faith and transparency. That requirement has been applied to all of the Service’s *ex parte* proceedings: see *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33, at paragraphs 101–102, referring to *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163, at paragraph 500; *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299, at paragraphs 153–154; *X (Re)*, 2013 FC 1275, [2015] 1 F.C.R. 635 (*X (Re) 2013 FC*), at paragraph 83, aff’d 2014 FCA 249, [2015] 1 F.C.R. 684 (*X (Re) 2013 FCA*); *X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396 (*X (Re) 2016 FC*), at paragraphs 100 and 107.

de remise des choses saisies en vertu d’un mandat de perquisition. Dans les deux cas, la cible de la fouille, de la perquisition ou de la saisie peut contester le mandat l’autorisant. En outre, l’intimé a droit à la tenue d’une conférence préparatoire (aussi appelée « audience *Garofoli* », d’après l’arrêt de la Cour suprême permettant une telle procédure, à savoir *R. v. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421) visant à déterminer si l’autorisation d’écoute électronique respecte l’article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (Charte) et, dans le cas contraire, si la preuve devrait être exclue en application du paragraphe 24(2) de la Charte. Au cours de l’instance, l’intimé a le droit de prendre connaissance de l’affidavit sur lequel a été fondée l’autorisation d’intercepter les communications, sous réserve de caviardage, pour être en mesure de présenter une défense pleine et entière.

[126] À moins qu’un mandat décerné contre elle en vertu de l’article 21 de la Loi sur le SCRS n’entraîne une poursuite criminelle, ce qui serait l’exception plutôt que la règle, la cible ne saura jamais qu’elle faisait l’objet de mesures d’enquête ou de collecte d’information, pas plus qu’il n’y aura de procédure contradictoire *a posteriori* quant au bien-fondé ou à la légalité du mandat. Partant, dans la plupart des cas, la Cour fédérale sera le seul frein au pouvoir étatique, puisque la cible du mandat ne peut pas compter sur le processus contradictoire pour mettre à l’épreuve les assertions du Service. En raison de cette caractéristique notable des mandats décernés au Service pour lui permettre d’enquêter sur les menaces envers la sécurité du Canada et d’exercer ses fonctions prévues à l’article 16 de la Loi sur le SCRS, il est encore plus important qu’avocats et déposant fassent preuve du degré le plus élevé de bonne foi et de transparence. Cette exigence a été appliquée dans le cadre de toutes les instances *ex parte* du Service; se reporter à l’arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33, aux paragraphes 101 et 102, renvoyant à *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163, au paragraphe 500; *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299, aux paragraphes 153 et 154; *X (Re)*, 2013 CF 1275, [2015] 1 R.C.F. 635 (*X (Re) 2013 CF*), au paragraphe 83, conf. par 2014 CAF 249, [2015] 1 R.C.F.

[127] What, then, are the disclosure obligations of the Service when it seeks a warrant pursuant to section 21 of the Act? The short answer to that question is that all material information should be disclosed. As a matter of law, information is material if it is relevant to the determination a judge must make in deciding whether or not to issue a warrant, and if so, on what terms.

[128] The leading case on disclosure obligations in warrant applications is the decision of the Supreme Court in *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992, where the Court (*per* LeBel) wrote [at paragraphs 46–47]:

...The legal obligation on anyone seeking an *ex parte* authorization is full and frank disclosure of material facts .... All that [the affidavit] must do is set out the facts fully and frankly for the authorizing judge in order that he or she can make an assessment of whether these rise to the standard required in the legal test for the authorization. Ideally, an affidavit should be not only full and frank but also clear and concise....

A corollary to the requirement of an affidavit being full and frank is that it should never attempt to trick its readers. At best, the use of boiler-plate language adds extra verbiage and seldom anything of meaning; at worst, it has the potential to trick the reader into thinking that the affidavit means something that it does not.... There is nothing wrong—and much right—with an affidavit that sets out the facts truthfully, fully and plainly. Counsel and police officers submitting materials to obtain wiretapping authorizations should not allow themselves to be led into the temptation of misleading the authorizing judge, either by the language used or strategic omissions. [Emphasis in original.]

[129] This notion that police officers seeking a search warrant must refrain from concealing or omitting relevant facts was taken up again in *Morelli*, at paragraph 102. The Supreme Court did not elaborate on what constitutes a material fact. But the case law is replete with statements to the effect that material facts are those which

684 (*X (Re) 2013 CAF*); *X (Re)*, 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396 (*X (Re) 2016 CF*), aux paragraphes 100 et 107.

[127] Donc, à quelles obligations de communication le Service est-il assujéti lorsqu'il demande un mandat en vertu de l'article 21 de la Loi sur le SCRS? Cela tient en quelques mots : il doit communiquer toutes les informations importantes. En droit, est considérée comme « importante » toute information qui présente un intérêt pour le juge appelé à décerner les mandats, qu'elle ait trait à la décision elle-même ou aux conditions connexes, s'il y a lieu.

[128] S'agissant de l'obligation de communication dans les demandes de mandats, le cas d'espèce est l'arrêt de la Cour suprême *R. v. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992, sous la plume du juge LeBel [aux paragraphes 46 et 47] :

[...] Quiconque demande une autorisation *ex parte* a l'obligation juridique d'exposer de manière complète et sincère les faits considérés [...] [L'affidavit] doit simplement énoncer les faits de manière complète et sincère pour que le juge saisi de la demande d'autorisation puisse déterminer s'ils remplissent le critère juridique applicable et justifient l'autorisation. Idéalement, il devrait non seulement être complet et sincère, mais aussi clair et concis [...]

En plus d'être complet et sincère, l'affidavit ne devrait jamais viser à tromper le lecteur. Dans le meilleur des cas, le recours à un libellé standard ne fait qu'ajouter au verbiage et se révèle rarement utile. Dans le pire des cas, il peut inciter le lecteur à penser que l'affidavit a un sens qu'il n'a pas. [...] On ne peut reprocher au déposant — il faudrait plutôt l'en féliciter — d'énoncer les faits de manière sincère, complète et simple. Les avocats et les policiers qui présentent des documents à l'appui d'une demande d'autorisation d'écoute électronique devraient résister à la tentation d'induire le juge en erreur en utilisant certaines formules ou en omettant stratégiquement certains éléments. [Non souligné dans l'original.]

[129] Cette notion selon laquelle le policier qui demande un mandat de perquisition doit éviter de dissimuler ou d'omettre des faits pertinents a été reprise dans l'arrêt *Morelli*, au paragraphe 102. La Cour suprême n'a pas défini ce qu'elle entendait par « faits considérés » (ou « faits importants »). Toutefois, la jurisprudence

may be relevant to an authorizing judge in exercising his or her discretion and determining whether the criteria for granting an authorization have been met. Needless to say, relevant facts will include those facts known to the affiant which would tend to go against what is sought: see, for example, *R. v. G.B. (application by Bogiatzis, Christodoulou, Cusato and Churchill)* (2003), 108 C.R.R. (2d) 294, [2003] O.J. No. 3335 (QL) (S.C.J.), at paragraph 11; *R. v. Luciano*, 2011 ONCA 89, 267 C.C.C. (3d) 16, at paragraph 207. Counsel should also ensure that the legal issues raised by an application are clearly identified: *R. v. Spackman* (2008), 173 C.R.R. (2d) 333, [2008] O.J. No. 2722 (QL) (S.C.J.), at paragraph 18, citing *Ebanks*, at paragraph 30.

[130] What does that mean in the context of section 21 of the Act? Pursuant to subsection 21(3), a judge to whom an application is made must be satisfied of the matters set out in paragraphs 21(2)(a) and (b), which state as follows:

**21 ...**

**Matters to be specified in application for warrant**

(2) An application to a judge under subsection (1) shall be made in writing and be accompanied by an affidavit of the applicant deposing to the following matters, namely,

(a) the facts relied on to justify the belief, on reasonable grounds, that a warrant under this section is required to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada or to perform its duties and functions under section 16;

(b) that other investigative procedures have been tried and have failed or why it appears that they are unlikely to succeed, that the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation using only other investigative procedures or that without a warrant under this section it is likely that information of importance with respect to the threat to the security of Canada or the performance of the duties and functions under section 16 referred to in paragraph (a) would not be obtained;

regorge d'énoncés selon lesquels sont considérés comme « importants » les faits qui peuvent permettre au juge saisi d'une demande d'exercer son pouvoir discrétionnaire et de vérifier si les critères applicables à l'autorisation ont été satisfaits. Il va sans dire que les faits importants comprennent ceux dont dispose le déposant qui pourraient aller à l'encontre de l'autorisation demandée. Voir, à titre d'exemple, *R. v. G.B. (application by Bogiatzis, Christodoulou, Cusato and Churchill)* (2003), 108 C.R.R. (2d) 294, [2003] O.J. n° 3335 (QL) (C.S.J.), au paragraphe 11, ainsi que *R. v. Luciano*, 2011 ONCA 89, 267 C.C.C. (3d) 16, au paragraphe 207. L'avocat doit aussi veiller à bien circonscrire les questions juridiques découlant de la demande. À cet égard, se reporter à *R. v. Spackman* (2008), 173 C.R.R. (2d) 233, [2008] O.J. n° 2722 (QL) (C.S.J.), au paragraphe 18, citant *Ebanks*, au paragraphe 30.

[130] Qu'est-ce que cela signifie dans le contexte de l'article 21 de la Loi sur le SCRS? Aux termes du paragraphe 21(3), le juge saisi de la demande doit être convaincu de l'existence des faits mentionnés aux alinéas 21(2)a) et b).

**21 [...]**

**Contenu de la demande**

(2) La demande visée au paragraphe (1) est présentée par écrit et accompagnée de l'affidavit du demandeur portant sur les points suivants :

(a) les faits sur lesquels le demandeur s'appuie pour avoir des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire aux fins visées au paragraphe (1);

(b) le fait que d'autres méthodes d'enquête ont été essayées en vain, ou la raison pour laquelle elles semblent avoir peu de chances de succès, le fait que l'urgence de l'affaire est telle qu'il serait très difficile de mener l'enquête sans mandat ou le fait que, sans mandat, il est probable que des informations importantes concernant les menaces ou les fonctions visées au paragraphe (1) ne pourraient être acquises;

[131] It would appear, therefore, that material facts will be those that may be relevant to a designated judge in determining whether the criteria set forth in paragraphs 21(2)(a) and (b) have been met. To make such a determination, the judge will have to make findings of both fact and law. It is therefore incumbent upon counsel and affiants appearing on behalf of the Service to provide every piece of information in their possession that could inform the judge's determinations with respect to both types of findings. Because of the special nature of warrants covered by the Act, this Court went even further in *X (Re) 2013 FCA* and confirmed the broad conception of relevance adopted by the Federal Court.

[132] In that case, Justice Mosley had issued a warrant authorizing the Service to intercept foreign telecommunications and [\*\*\*] from within Canada. He was persuaded that a prior decision by his colleague Justice Blanchard, holding that the Federal Court did not have jurisdiction to authorize the Service employees to conduct intrusive investigative activities outside of Canada where those activities were likely to constitute a violation of foreign law, was distinguishable. He came to that conclusion on the basis of a different legal argument presented by the Service according to which the Federal Court had jurisdiction to issue the requested warrants because the acts the Court was asked to authorize would all take place in Canada. Yet it was later found that the Service failed to disclose to Justice Mosley that it intended to make requests to foreign agencies to intercept the telecommunications of Canadians abroad, information that was before Justice Blanchard. Justice Mosley found that the Service had breached its duty of candour as a result of that omission, and also concluded not only that the Service had no lawful authority under section 12 of the Act to request foreign agencies to intercept the telecommunications of Canadians abroad, but also that section 21 did not allow the Federal Court to authorize the Service to make such requests.

[133] In coming to his conclusion on the duty of candour, Justice Mosley rejected a narrow conception of relevance that would exclude information about the context in which warrant applications are brought. Rather,

[131] Il semble donc que sont importants les faits qui pourraient permettre au juge désigné de déterminer si les critères établis aux alinéas 21(2)a) et b) ont été respectés. Pour ce faire, celui-ci devra se prononcer tant sur les faits que sur le droit. Partant, il incombe aux avocats et aux déposants qui représentent le Service de fournir au juge toute information qu'ils possèdent et qui peut l'aider à en arriver aux deux types de conclusions. En raison de la nature particulière des mandats prévus par la Loi sur le SCRS, la Cour, dans l'arrêt *X (Re) 2013 CAF*, a confirmé la conception large de la pertinence adoptée par la Cour fédérale.

[132] Dans cette affaire, le juge Mosley avait décerné un mandat autorisant le Service à intercepter des télécommunications étrangères et [\*\*\*] en territoire canadien. Il avait conclu à l'inapplicabilité en l'espèce d'une décision de son collègue, le juge Blanchard, qui avait statué que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour autoriser les employés du Service à mener, à l'extérieur du Canada, des enquêtes comportant intrusion lorsque ces activités violeraient probablement des lois étrangères. Pour en arriver à cette conclusion, il s'est fondé sur un autre argument juridique avancé par le Service, selon lequel la Cour fédérale avait compétence pour décerner les mandats demandés parce les actes qu'elle devait autoriser allaient tous être posés au Canada. Cependant, il a été établi plus tard que le Service avait omis de communiquer au juge Mosley qu'il entendait demander à des services étrangers d'intercepter les télécommunications de Canadiens à l'étranger, information dont disposait le juge Blanchard. D'une part, le juge Mosley a statué que le Service avait manqué à son obligation de franchise en raison de cette omission. D'autre part, il a statué que, non seulement l'article 12 de la Loi sur le SCRS n'autorisait pas le Service à demander à des services étrangers d'intercepter les télécommunications de Canadiens à l'étranger, mais aussi que l'article 21 ne permettait pas à la Cour fédérale d'autoriser le Service à présenter de telles demandes.

[133] Pour ainsi se prononcer sur l'obligation de franchise, le juge Mosley a rejeté une conception étroite de la pertinence qui exclurait les informations relatives au contexte dans lequel une demande de mandat est

Justice Mosley expressed the view that the Court should not be kept in the dark “about matters it may have reason to be concerned about if it was made aware of them” (*X (Re) 2013 FC*, at paragraph 89). On appeal, the Attorney General objected to that test for disclosure, claiming that it did not articulate an intelligible standard. While conceding that this paragraph of the Federal Court decision could have been more elegantly crafted, this Court confirmed that “factors beyond those enumerated in paragraphs 21(2)(a) and (b) will be material to the judicial exercise of discretion” on warrant applications by the Service. As this Court stated, “[h]ad Parliament intended otherwise, subsection 21(3) would provide that upon being satisfied of the enumerated matters a judge ‘shall’ issue a warrant”, instead of “may” (*X (Re) 2013 FCA*, at paragraph 61). In the particular circumstances of this case, therefore, considerations material to the Court’s decision whether to issue the requested warrants included the prior attempt to obtain Justice Blanchard’s authorization to collect security intelligence abroad, and the potential implications of sharing information about Canadian persons with foreign security and intelligence agencies.

[134] It is against this backdrop that Justice Gleeson’s finding of a breach of candour must be assessed. He found that neither the Service nor counsel brought the issue of illegally collected information to the Court’s attention. The Attorney General submits that the Judge erred in so finding. It bears reiterating that this Court may only set aside this finding if there was a palpable and overriding error with respect to underlying findings of fact or if the inference-drawing process used to reach this conclusion was palpably in error.

[135] At the very beginning of his reasons, Justice Gleeson made it clear that it was only as a result of Justice Noël’s inquiries in warrant application [\*\*\*Case A\*\*\*] that the issue came to light: at paragraphs 3–4. After a long recapitulation of the vagaries through which that file, the two companion applications [\*\*\*Case C\*\*\*] and [\*\*\*Case D\*\*\*] and the file he was seized with [\*\*\*Case B\*\*\*] had passed, he concluded [at paragraph 168]:

présentée. Le juge Mosley était plutôt d’avis que la Cour fédérale doit être informée des « questions au sujet desquelles elle pourrait avoir des réserves si elle en était informée » (*X (Re) 2013 CF*, au paragraphe 89). En appel, le procureur général s’est opposé à ce critère de communication, soutenant qu’il ne s’agissait pas d’une norme intelligible. Si elle a reconnu que ce paragraphe de la décision de la Cour fédérale aurait pu être libellé plus élégamment, la Cour a confirmé que « certains facteurs, outre ceux énumérés aux alinéas 21(2)a) et b), sont pertinents quant à l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge ». Comme l’a énoncé la Cour, « [s]i le législateur en avait voulu autrement, le paragraphe 21(3) aurait disposé que le juge “doit” décerner le mandat », plutôt que « peut » (*X (Re) 2013 CAF*, au paragraphe 61). Partant, dans les circonstances particulières de cette affaire, la demande présentée au juge Blanchard pour obtenir l’autorisation de recueillir des renseignements de sécurité à l’étranger, ainsi que les conséquences possibles d’un échange d’informations sur des Canadiens avec des services de sécurité et de renseignement étrangers, faisaient partie des éléments importants dont la Cour fédérale devait tenir compte dans sa décision relative à la délivrance des mandats.

[134] C’est à la lumière de ces circonstances qu’il y a lieu d’évaluer la conclusion du juge Gleeson quant au manquement à l’obligation de franchise. Il a statué que ni le Service ni l’avocat n’avaient porté à l’attention de la Cour fédérale la question de la collecte illégale d’informations. Le procureur général soutient que le juge a ainsi commis une erreur. Rappelons que la Cour ne peut écarter cette conclusion que si elle constate une erreur manifeste et dominante quant aux conclusions de fait ou si le processus inférentiel était manifestement erroné.

[135] Dans ses motifs, le juge Gleeson a précisé d’entrée de jeu que le problème n’avait été signalé qu’en raison des questions posées par le juge Noël dans le cadre de la demande de mandats [\*\*\*Dossier A\*\*\*] (aux paragraphes 3 et 4). Après avoir longuement récapitulé les aléas du dossier, des deux demandes connexes [\*\*\*Dossier C\*\*\*] et [\*\*\*Dossier D\*\*\*] et de l’affaire dont il était saisi [\*\*\*Dossier B\*\*\*], il a conclu [au paragraphe 168] que :

The evidence indicates that the issue of potential illegality was widely known within the circle of those organizations and institutions that play a role in the oversight or management of CSIS operations. SIRC has undertaken reviews and identified concerns to the Service; Public Safety and the Privy Council Office also had knowledge not later than January 2017 as a result of the meeting convened by the then Director that was attended by the then Deputy Minister of Public Safety and the then National Security Advisor. Despite this widespread knowledge and the potential relevance the issue of illegality had in the context of warrant applications, the matter was never brought to this Court's attention. This is inexcusable, particularly where there was a heightened awareness of the import of the duty of candour and ongoing engagement between the Court, the Service and the Department of Justice in the aftermath of the *Associate Data* decision and the Segal Report. It appears only the Court was left in the dark.

[136] The Attorney General submits that the Judge erred in finding that the Service breached its duty of candour in the case before him; that is, [\*\*\*Case B\*\*\*] With all due respect, we are of the view that the Attorney General's submission is well-taken, and that the Judge arrived at this finding in large part because the Judge was overly influenced by the genesis of the [\*\*\*Case B\*\*\*] application and the protracted proceedings that preceded its filing in September 2018.

[137] There is no doubt that the Service and the Attorney General failed to meet their duty of candour to provide all material facts and to identify the legal issues that may be of concern to the Court in [\*\*\*Case A, Case C\*\*\*] and [\*\*\*Case D\*\*\*] This was repeatedly and explicitly acknowledged by the Attorney General, first at the *en banc* meeting of February 21, 2019 (see above, paragraphs 70–74), and then both before Justice Gleeson and this Court, in writing and orally. Indeed, the whole purpose of filing a fresh application for warrants in September 2018 was to remedy that failure. At the case management conference of May 2018, counsel for the Attorney General suggested starting over to ensure that all facts be disclosed, that the concerns raised by Justice Noël be addressed and that potential illegalities be identified and dealt with. This was repeated at the *en banc* hearing, where counsel for the Attorney General stated, in reply to a question from Justice Noël, “you were owed better”, and explained that

Selon la preuve, le problème de la possible illégalité était très bien connu dans le cénacle des organisations et des institutions qui jouent un rôle dans la surveillance ou la gestion des opérations du Service. Le CSARS a effectué des examens et signalé ses préoccupations au Service; Sécurité publique et le Bureau du conseil privé en avaient aussi connaissance, et ce, dès janvier 2017, par suite de la réunion alors convoquée par le directeur et à laquelle avaient assisté le sous-ministre de la Sécurité publique et le conseiller à la sécurité nationale (postes qui, depuis, ont changé de titulaire). Malgré cette connaissance répandue et l'importance éventuelle du problème de l'illégalité dans le contexte des demandes de mandats, cette question n'a jamais été portée à l'attention de la Cour. Rien n'excuse cet état de fait, compte tenu, surtout, que dans la foulée de *Données connexes* et du rapport Segal, la Cour, le Service et le ministère de la Justice sont très sensibilisés à l'importance de l'obligation de franchise et entretiennent une collaboration à ce sujet. Il semble que seule la Cour ait été laissée dans l'ignorance.

[136] Le procureur général soutient que le juge a conclu à tort que le Service avait manqué à son obligation de franchise dans le dossier dont il était saisi, c'est-à-dire [\*\*\*Dossier B\*\*\*]. Avec égards, la Cour est d'avis que l'observation du procureur général est bien fondée, et que le juge en est arrivé à sa conclusion en grande partie parce qu'il a été trop influencé par l'origine de la demande [\*\*\*Dossier B\*\*\*] et par la très longue instance qui en a précédé la présentation en septembre 2018.

[137] Il ne fait aucun doute que, dans les [\*\*\*Dossier A, Dossier C\*\*\*] et [\*\*\*Dossier D\*\*\*], le Service et le procureur général ont manqué à leur obligation de franchise, c'est-à-dire communiquer tous les faits importants et soulever les questions juridiques susceptibles de préoccuper la Cour fédérale. Le procureur général a maintes fois reconnu explicitement cet état de fait, de vive voix et par écrit, d'abord à l'audience du 21 février 2019 (se reporter aux paragraphes 70 à 74), puis devant le juge Gleeson et, ensuite, devant la Cour. En fait, la nouvelle demande de mandats faite en septembre 2018 visait essentiellement à remédier à ce manquement. Lors de la conférence de gestion d'instance tenue en mai 2018, l'avocat du procureur général a proposé de repartir du début pour veiller à communiquer tous les faits, à répondre aux préoccupations soulevées par le juge Noël, ainsi qu'à reconnaître et à régler les cas possibles d'illégalité. La suggestion a été réitérée à l'audience de février 2019, où l'avocat du

the new application was meant to disclose all the facts allowing the Court to determine whether the information upon which the application was sought had been legally obtained.

[138] In their memorandum before this Court, counsel for the Attorney General submitted that all the material facts regarding the activities by the Service and persons operating on its behalf that likely contravened the *Criminal Code* were proactively identified and disclosed in [\*\*\*Case A\*\*\*] and that the duty of candour was breached only to the extent that the legal issues of potential concern to the Court were not identified. That distinction was not taken up at the hearing, and in our view nothing turns upon it. For that reason, there is no need to delve into it.

[139] We can readily appreciate the difficulty of dissociating what took place prior to the filing of the application in [\*\*\*Case B\*\*\*] and what took place after. In fact, there is a long history of what has been, at times, a tense relationship between the Service and the Federal Court. Referring notably to the cases of *X (Re) 2013 FC* (where Justice Mosley held that the Service had breached its duty of candour by “strategically omit[ting]” to mention the fact that it intended to seek the assistance of foreign partners in the execution of the requested warrants) and *X (Re) 2016 FC* (where the Federal Court noted that it had only become aware that the Service was indefinitely retaining third-party associated data collected in the execution of warrants as a result of the publication of the 2014–2015 Annual Report of the Security Intelligence Review Committee), Murray Segal characterized the Court’s trust in the Service as “strained” (Segal Report, page 6; appeal book, Vol. 7, tab 64-B, page 2580). We also find various expressions of exasperation in comments made by the Chief Justice, Justice Noël and Justice Mosley in the proceedings leading to the hearing before Justice Gleeson, most notably during the February 2019 *en banc* hearing: see, for example, appeal book, Vol. 11, tab 95, pages 4110–4114 and 4126–4128 (summarized above, at paragraph 68). In his Direction

procureur général a déclaré [TRADUCTION] « vous méritiez mieux » en réponse à une question du juge Noël et expliqué que la nouvelle demande visait à communiquer tous les faits permettant à la Cour fédérale de déterminer si les informations sur lesquelles était fondée la demande avaient été obtenues légalement.

[138] Dans le mémoire qu’il a présenté à la Cour, l’avocat du procureur général a soutenu que tous les faits importants ayant trait aux activités du Service et des personnes agissant pour son compte qui avaient probablement enfreint le *Code criminel* avaient été relevés et communiqués de façon proactive dans la demande [\*\*\*Dossier A\*\*\*], et qu’il y avait eu manquement à l’obligation de franchise uniquement dans la mesure où des questions juridiques susceptibles de préoccuper la Cour fédérale n’avaient pas été soulevées. Cette distinction n’a pas été faite à l’audience; la Cour est d’avis qu’elle est sans conséquence et que, partant, il n’est pas nécessaire d’approfondir la question.

[139] La Cour comprend bien qu’il est difficile de dissocier les événements précédant et suivant la présentation de la demande [\*\*\*Dossier B\*\*\*]. En fait, la relation parfois tendue entre le Service et la Cour fédérale ne date pas d’hier. Se reportant notamment aux décisions *X (Re) 2013 CF* (dans laquelle le juge Mosley a soutenu que le Service avait manqué à son obligation de franchise en « décid[ant] d’omettre » les renseignements concernant son intention de demander l’assistance de partenaires étrangers pour exécuter les mandats demandés) et *X (Re) 2016 CF* (dans laquelle la Cour fédérale a souligné n’avoir appris que le Service conservait indéfiniment des données connexes de tiers recueillies dans l’exécution de mandats qu’à la suite de la publication du rapport annuel de 2014–2015 du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité), Murray Segal a affirmé que la confiance de la Cour fédérale envers le Service avait été « minée » (rapport Segal, à la page 7; dossier d’appel, vol. 7, onglet 64-B, à la page 2580). La Cour constate également que des commentaires formulés par le juge en chef, le juge Noël et le juge Mosley au cours des instances menant à l’audience tenue devant le juge Gleeson, particulièrement lors de l’audience de février 2019, témoignent d’une certaine exaspération. À titre d’exemple, se reporter au dossier d’appel, vol. 11, onglet 95, aux

dated March 20, 2019, the Chief Justice again spoke of the “systemic nature” of the failures to respect the duty of candour (appeal book, Vol. 9, tab 72, page 3274). Clearly, the Service has fallen short on numerous occasions of living up to the standard of good faith that one is entitled to expect in *ex parte* proceedings, and a number of judges of the Federal Court have rightly expressed their displeasure with such behaviour.

[140] That being said, judges are expected to rule on the matter before them on the sole basis of the record pertaining to that matter. Having carefully considered the record, affidavits, exhibits and testimony supporting the application in [\*\*\*Case B\*\*\*] as well as the transcripts of the various proceedings in that file, we are of the view that Justice Gleeson’s finding that the duty of candour was breached by the Service in this particular application is not supported by the evidence. Not only were all the material facts disclosed, but the legal issues that could be of concern to the Court were also appropriately flagged.

[141] Most of the relevant facts relating to the [\*\*\*investigation\*\*\*] in which the Service [\*\*\*] paid an individual believed to be engaged in terrorist activities in exchange for information, had been already disclosed in the material supporting the [\*\*\*Case A\*\*\*] application. In her affidavit dated March [\*\*\*] 2018, the Service’s affiant described at length the nature of the [\*\*\*investigation\*\*\*] The affiant also identified the information in her affidavit that had been collected by [\*\*\*] Upon appearing before Justice Noël in April 2018, that same affiant was questioned by the Judge and gave more detail.

[142] The real concern of Justice Noël during that *ex parte* April hearing was legal in nature, and did not seem to relate to the facts being disclosed (or not disclosed, for that matter). He was concerned that the application for the warrant appeared to be based on information that may have been potentially illegally collected, and that he was the first one to raise that issue (appeal book, Vol. 3, tab 24, page 905). That failure of the Service and of the Attorney General to proactively raise that issue was the

pages 4110 à 4114 et 4126 à 4128 (propos résumés au paragraphe 68 des présents motifs). Dans sa directive du 20 mars 2019, le juge en chef a de nouveau évoqué la « nature systémique » des manquements à l’obligation de franchise (dossier d’appel, vol. 9, onglet 72, à la page 3274). Manifestement, à de nombreuses reprises, le Service n’a pas su faire preuve de la bonne foi à laquelle les intervenants à une instance *ex parte* sont en droit de s’attendre, et un certain nombre de juges de la Cour fédérale ont, à juste titre, exprimé leur mécontentement à cet égard.

[140] Cela dit, un juge est censé se prononcer sur l’affaire dont il est saisi en se fondant uniquement sur le dossier connexe. Après avoir soigneusement pris connaissance du dossier, des affidavits, des pièces et des témoignages à l’appui de la demande [\*\*\*Dossier B\*\*\*] ainsi que des transcriptions des diverses instances, la Cour est d’avis que la preuve n’abonde pas dans le sens de la conclusion du juge Gleeson, qui a statué que le Service avait manqué à son obligation de franchise. Non seulement les faits importants ont-ils tous été communiqués, mais les questions juridiques susceptibles de préoccuper la Cour fédérale ont aussi été dûment signalées.

[141] Pour l’essentiel, les faits importants ayant trait [\*\*\*à l’enquête\*\*\*] au cours de laquelle [\*\*\*] Service a payé, en échange d’informations, une personne soupçonnée de mener des activités terroristes, avaient été communiqués dans les documents en appui à la demande [\*\*\*Dossier A\*\*\*]. Dans son affidavit du [\*\*\*] mars 2018, la déposante du Service a décrit en détail la nature [\*\*\*de l’enquête\*\*\*] En outre, dans son affidavit, la déposante a mis en relief les informations [\*\*\*] avait permis de recueillir. En avril 2018, interrogée par le juge Noël, cette même déposante a donné d’autres détails.

[142] Lors de cette audience tenue *ex parte* en avril, le sujet d’inquiétude véritable du juge Noël était de nature juridique et ne semblait pas liée aux faits communiqués (non communiqués, plutôt); selon lui, la demande de mandats semblait fondée sur des informations susceptibles d’avoir été recueillies illégalement, et il était le premier à soulever cette question (dossier d’appel, vol. 3, onglet 24, à la page 905). Le Service et le procureur général ont omis de soulever cette question de façon



breach of candour in the [\*\*\*Case A\*\*\*] application. In a Direction following the April hearing, Justice Noël sought further clarification from the Service on a number of issues. With respect to the [\*\*\*investigation\*\*\*] he once again queried the Service's authority to conduct such [\*\*\*investigations\*\*\*] and asked for written representations with respect to the legality of the payments made [\*\*\*]

[143] It was precisely to come to grips with the “important questions” (as counsel for the Service characterized them) raised by Justice Noël, and to ensure that they were dealt with in light of all the relevant facts, that the fresh application in [\*\*\*Case B\*\*\*] was filed in September of 2018. In her letter to the Court dated June 6, 2018, counsel acting on behalf of the NSLAG stated that additional evidence would be filed to address the legal issues raised by the Court, one of which she identified as follows: “whether section 12 of the *CSIS Act* authorizes the Service to engage in this type of [\*\*\*investigation\*\*\*] and [...] whether there are limits on the collection, retention or use of information obtained through [\*\*\*an investigation\*\*\*] that entails providing a payment to [\*\*\*an individual known to be facilitating or carrying out terrorism\*\*\*]” (appeal book, Vol. 3, tab 24, page 1062; see also the transcript of the February 2019 *en banc* hearing, appeal book, Vol. 11, tab 95, pages 4119–4120). And this is clearly how the new application was perceived by Justice Gleeson. At the July 4, 2018, case management conference hearing, the Service reiterated that it wanted to file a fresh application to deal with the legal issues that were of concern to the Court, with more evidence, and Justice Gleeson understood that this fresh application “ha[d] its genesis in the circumstances of [\*\*\*Case A\*\*\*]” but “need[ed] to stand on its own” (appeal book, Vol. 3, tab 24, page 1103).

[144] The affidavit initially filed in support of the new application in September of 2018 contained much of the same information that had been before Justice Noël, but with additional context and detail with respect to the payment and provision of goods [\*\*\*] and, [\*\*\*] to

proactive, ce qui a constitué le manquement à l'obligation de franchise dans le [\*\*\*Dossier A\*\*\*]. Dans une directive consécutive à l'audience d'avril, le juge Noël a demandé au Service des précisions sur différentes questions. S'agissant [\*\*\*de l'enquête\*\*\*] il a de nouveau mis en doute le pouvoir du Service de mener une telle [\*\*\*enquête\*\*\*] et a demandé des observations écrites quant à la légalité des paiements versés [\*\*\*].

[143] C'est précisément pour faire face aux [TRADUCTION] « questions importantes » (expression utilisée par l'avocat du Service) soulevées par le juge Noël et pour veiller à ce qu'elles soient réglées en fonction de tous les faits pertinents que le Service a présenté, en septembre 2018, la nouvelle demande [\*\*\*Dossier B\*\*\*] Dans sa lettre du 6 juin 2018 à la Cour fédérale, l'avocate du GLCSN a affirmé que de nouveaux éléments de preuve allaient être présentés en réponse aux questions juridiques soulevées, dont l'une était la suivante : [TRADUCTION] « la possibilité que l'article 12 de la Loi sur le SCRS autorise le Service à mener ce type [\*\*\*d'enquête\*\*\*] et [...] les limites éventuelles de la collecte, de la conservation ou de l'utilisation d'informations obtenues dans le cadre [\*\*\*d'une enquête\*\*\*] qui implique le versement d'un paiement à [\*\*\*un individu connu pour faciliter ou effectuer des actes de terrorisme\*\*\*] » (dossier d'appel, vol. 3, onglet 24, à la page 1062; transcription de l'audience de février 2019 au dossier d'appel, vol. 11, onglet 95, aux pages 4119 et 4120). C'est ainsi, manifestement, que le juge Gleeson a perçu la nouvelle demande. À la conférence de gestion d'instance du 4 juillet 2018, le Service a réitéré qu'il souhaitait présenter une nouvelle demande comportant davantage d'éléments de preuve afin de régler les questions juridiques qui préoccupaient la Cour fédérale. Le juge Gleeson a compris que cette nouvelle demande [TRADUCTION] « [tirait] son origine dans le contexte entourant la demande [\*\*\*Dossier A\*\*\*] », mais qu'elle « [devait] avoir son propre fondement » (dossier d'appel, vol. 3, onglet 24, à la page 1103).

[144] L'affidavit d'abord présenté en septembre 2018 en appui à la nouvelle demande contenait essentiellement les informations déjà soumises au juge Noël, avec de nouveaux éléments de contexte et des détails relatifs aux paiements versés et aux biens fournis [\*\*\*] et,

[\*\*\*] The Service went as far as to highlight the paragraphs containing information that had been obtained through [\*\*\*certain collection methods\*\*\*] the reliability and legality of which had been questioned by Justice Noël (appeal book, Vol. 6, tab 44, page 2405). During the course of his examination, the affiant acknowledged that the Service was aware that the payments [\*\*\*] may have been unlawful (appeal book, Vol. 5, tab 37, pages 1852 and 1871).

[145] The Service went beyond this initial affidavit and responded to a number of requests from the Court throughout both the [\*\*\*Case B\*\*\*] application and the common issues proceeding. It filed a first supplementary affidavit on November 8, 2018 relating to the Service policies applicable to the [\*\*\*investigation\*\*\*] an affidavit of documents on January 25, 2019, disclosing all of the records concerning the approvals of payments and the provision of [\*\*\*] to [\*\*\*] and payment operations related to [\*\*\*] another affidavit of documents sworn January 25, 2019, providing the Court with copies of three legal opinions on the applicability of the Crown immunity defence to the activities of the Service, and two other supplementary affidavits (sworn respectively on February 28, 2019, and March 8, 2019) responding to undertakings and reviewing the documentation and records to determine, among other things, when the potential illegality of [\*\*\*certain collection methods\*\*\*] was first considered and whether the Director of the Service, the Minister and the Deputy Minister of Public Safety were alerted to the fact that information relied upon in [\*\*\*Case A\*\*\*] and [\*\*\*Case B\*\*\*] applications was likely derived from illegal activities.

[146] On top of these affidavits, 11 other affidavits from former and current officials from the Service and the Department of Justice were filed by the Service to address questions from the Court as to “who knew what when” about the provision of legal advice on Crown immunity. As recognized by Justice Gleeson, this brought the total number of affiants who placed evidence before the Court to 14, 11 of whom appeared before the Court for examination and cross-examination on their affidavits: at paragraph 33. Finally, a supplemental affidavit updating the investigation was filed in April 2019,

[\*\*\*] Le Service est allé jusqu’à mettre en relief les paragraphes contenant les informations obtenues dans le cadre [\*\*\*de certaines méthodes de collecte\*\*\*] dont le juge Noël avait remis en question la fiabilité et la légalité (dossier d’appel, vol. 6, onglet 44, à la page 2405). Pendant son interrogatoire, le déposant a reconnu que le Service savait que les paiements versés [\*\*\*] pouvaient avoir été illégaux (dossier d’appel, vol. 5, onglet 37, aux pages 1852 et 1871).

[145] Le Service ne s’est pas contenté de ce premier affidavit et a répondu à diverses requêtes de la Cour fédérale tant au cours du traitement de la demande [\*\*\*Dossier B\*\*\*] que dans le cadre de l’instance sur les questions d’intérêt commun. Le 8 novembre 2018, il a déposé un premier affidavit supplémentaire sur ses politiques applicables [\*\*\*à l’enquête\*\*\*]; le 25 janvier 2019, dans un affidavit, il a remis à la Cour fédérale tous les documents relatifs à l’approbation des paiements et à la fourniture de [\*\*\*] ainsi qu’aux opérations de paiement liées [\*\*\*]; le 25 janvier 2019 également, dans un autre affidavit de documents, il a donné à la Cour fédérale des copies de trois avis juridiques sur la possibilité d’invoquer l’immunité de l’État quant aux activités du Service; dans deux autres affidavits supplémentaires (déposés les 28 février et 8 mars 2019), il a répondu aux engagements et examiné les documents pour déterminer, entre autres, à quel moment la possible illégalité [\*\*\*de certaines méthodes de collecte\*\*\*] avait d’abord été envisagée, et si le directeur du Service, le ministre et le sous-ministre de la Sécurité publique avaient été avisés que des informations utilisées dans les demandes [\*\*\*Dossier A\*\*\*] et [\*\*\*Dossier B\*\*\*] découlaient probablement d’activités illégales.

[146] En outre, 11 autres affidavits ont été présentés par des représentants anciens et actuels du Service et du ministère de la Justice en réponse à des questions de la Cour fédérale quant à « qui savait quoi, et quand », sur la prestation d’avis juridiques relatifs à l’immunité de l’État. Ainsi, comme l’a souligné le juge Gleeson dans sa décision, 14 déposants ont présenté des éléments de preuve à la Cour fédérale, dont 11 ont été interrogés et contre-interrogés (au paragraphe 33). Enfin, en avril 2019, le Service a fait le point sur l’enquête dans un affidavit supplémentaire donnant des détails sur d’autres paiements

providing details on further payments and provision of [\*\*\*] by a human source, and a copy of the initial affidavit of September 2018 highlighting all potentially unlawful activities was refiled: at paragraphs 251–252; see also appeal book, Vol. 4, tab 33; Vol. 5, tab 34 and Vol. 6, tab 51.

[147] In light of all that evidence and of the fact that each of the required affiants appeared voluntarily before the Court without any subpoenas being issued, it is difficult to say that the Service was not forthcoming or that it did not disclose all the material facts regarding the potentially unlawful activities from which the information supporting the [\*\*\*Case B\*\*\*] application originated. Indeed, Justice Gleeson himself seems to have recognized as much, not only because he granted the warrants but more importantly because he acknowledged in his reasons that the Service “had ... disclosed the circumstances in which payments, goods or services had been provided in contravention or potential contravention of the *Criminal Code*” and that “[t]he information collected through those sources and the [\*\*\*investigation\*\*\*] and relied upon in the application was identified”: at paragraph 263.

[148] It appears that what really bothered Justice Gleeson and prompted him to conclude that the Service breached its duty of candour was its failure to recognize the issue of illegality and to raise it with the Court. There are several paragraphs in the reasons where this flaw is identified as being of particular concern for the Court (see, for example, paragraphs 4, 93 and 98). The very first paragraph of the formal judgment, which is precisely the paragraph that the Attorney General seeks to set aside in this appeal, reads as follows:

The Canadian Security Intelligence Service breached the duty of candour it owed to the Court in failing to proactively identify and disclose that it had included in support of warrant applications [\*\*\*Case A\*\*\*] and [\*\*\*Case B\*\*\*] information that was likely derived from illegal activities.

versés et sur la fourniture d’autre [\*\*\*] par une source humaine. En outre, une copie de l’affidavit original de septembre 2018 a été déposée, dans laquelle toutes les activités susceptibles d’être illégales étaient mises en relief (aux paragraphes 251 et 252; dossier d’appel, vol. 4, onglet 33, vol. 5, onglet 34 et vol. 6, onglet 51).

[147] Compte tenu de toute cette preuve et du fait que chacun des déposants s’est présenté devant la Cour fédérale de sa propre initiative, sans citation à comparaître, il est difficile d’affirmer que le Service n’était pas disposé à collaborer ou qu’il n’a pas communiqué l’ensemble des faits importants ayant trait aux activités peut-être illégales ayant donné lieu aux informations utilisées en appui à la demande [\*\*\*Dossier B\*\*\*] En fait, le juge Gleeson lui-même semble l’avoir reconnu, non seulement parce qu’il a décerné les mandats, mais surtout parce qu’il a admis dans ses motifs que le Service avait « révélé les circonstances du versement, de la fourniture ou de la prestation de paiements, de biens ou de services en infraction ou en possible infraction avec le *Code criminel* » et que « [l]es informations recueillies auprès des sources et au moyen [\*\*\*de l’enquête\*\*\*] qui [avaient] servi à établir la demande [avaient] été reconnues comme telles » (au paragraphe 263).

[148] Il semble que l’omission, par le Service, de reconnaître le problème d’illégalité et de le signaler à la Cour fédérale soit l’élément déclencheur des préoccupations du juge Gleeson et ce qui l’a mené à conclure que le Service avait manqué à son obligation de franchise. Dans plusieurs paragraphes de ses motifs (p. ex. les paragraphes 4, 93 et 98), le juge Gleeson souligne que cette lacune préoccupe particulièrement la Cour fédérale. Le tout premier paragraphe du jugement officiel, soit précisément celui que le procureur général cherche à faire annuler en l’espèce, est ainsi libellé :

Le Service canadien du renseignement de sécurité a manqué à son obligation de franchise envers la Cour, c’est-à-dire qu’il a négligé de reconnaître et de communiquer de façon proactive qu’il avait utilisé, en appui aux demandes de mandats dans les dossiers [\*\*\*Dossier A\*\*\*] et [\*\*\*Dossier B\*\*\*] des informations découlant probablement d’activités illégales.

[149] We must confess that we find it hard to reconcile this finding (as it applies to [\*\*\*Case B\*\*\*] with the record that was before Justice Gleeson. The Attorney General did indeed concede that the legal issues flowing from the provision of money and other goods to a person who was [\*\*\*] believed to be engaged in terrorist activities should have been more clearly brought to the attention of Justice Noël in [\*\*\*Case A\*\*\*]. That breach was attributable not only to the failings of a particular counsel who testified that he had not recognized that these issues arose, but more importantly, as noted by Justice Gleeson, to a “severe institutional failing”: at paragraph 96. But the leap from that acknowledgement to the finding that a similar breach occurred in [\*\*\*Case B\*\*\*] is never clearly explained and is, in our view, unwarranted.

[150] As previously mentioned, it was at the initiative of counsel for the Service that a proposal was made to file a fresh application to deal more exhaustively with the legal issues raised by Justice Noël in May 2018, a proposal initially well-received by Justice Noël and then formalized by the Service by way of a letter in early June 2018. This offer was taken up by Justice Noël, who issued a Direction a week later whereby he asked the Chief Justice to appoint another designated judge who would deal with the issues he had identified (one of which being the impact of relying on illegally gathered evidence to obtain a warrant) and possibly “adjudicate afresh or *de novo*” a duly filed new application (appeal book, Vol. 3, tab 24, pages 1065–1066).

[151] Following several months of discussion between the Court, counsel for the Service and the *amici*, and after a few case management conferences, the Court finally set out the questions that were to be addressed in [\*\*\*Case B\*\*\*] including the legal implications of having provided money or goods to individuals who are subjects of investigation [\*\*\*]. If questions of lawfulness or the infringement of Charter rights indeed arose in that respect, the Court went on to ask whether the Service, “initially (in [\*\*\*Case A\*\*\*]) or subsequently in [\*\*\*Case B\*\*\*])”, provided sufficient information in

[149] La Cour avoue avoir du mal à concilier, d’une part, cette conclusion (comme elle s’applique au [\*\*\*Dossier B\*\*\*]) et, d’autre part, le dossier dont disposait le juge Gleeson. Le procureur général a bel et bien reconnu qu’il aurait fallu porter plus clairement à l’attention du juge Noël, dans le [\*\*\*Dossier A\*\*\*] les questions juridiques ayant trait à la fourniture d’argent et d’autres biens à une personne qui faisait [\*\*\*] soupçonnée de mener des activités terroristes. Le manquement a été attribué non seulement à la défaillance d’un avocat en particulier qui, dans son témoignage, a affirmé ne pas avoir reconnu que ces questions se posaient, mais surtout à de « graves défaillances organisationnelles » (au paragraphe 96). Toutefois, le lien entre « reconnaître cet état de fait » et « conclure qu’un manquement de même nature s’est produit dans le [\*\*\*Dossier B\*\*\*] » n’est jamais clairement expliqué et, de l’avis de la Cour, n’est pas fondé.

[150] Comme il en a été question plus haut, c’est un avocat du Service qui a proposé de présenter une nouvelle demande de mandats permettant de traiter plus en profondeur les questions juridiques soulevées par le juge Noël en mai 2018. La proposition, bien reçue par ce dernier, a été officialisée au début de juin 2018 dans une lettre du Service. Le juge Noël a saisi l’offre et, une semaine plus tard, a émis une directive dans laquelle il a demandé au juge en chef de saisir un autre juge désigné des questions qu’il avait soulevées (notamment l’incidence d’utiliser, dans une demande de mandats, des éléments de preuve recueillis illégalement), juge qui, peut-être, [TRADUCTION] « se prononcerait *de novo* » sur une nouvelle demande présentée en bonne et due forme (dossier d’appel, vol. 3, onglet 24, aux pages 1065 et 1066).

[151] Après plusieurs mois de discussion entre les avocats du Service, les *amici* et la Cour fédérale, ainsi que quelques conférences de gestion d’instance, cette dernière a finalement circonscrit les questions à traiter dans le [\*\*\*Dossier B\*\*\*] notamment l’incidence, sur le plan juridique, de la remise d’argent ou de biens à des personnes qui sont visées par une enquête [\*\*\*]. Des questions de légalité ou de violation des droits garantis par la Charte ont effectivement été soulevées à cet égard, et la Cour fédérale s’est demandé si le Service, [TRADUCTION] « d’entrée de jeu (dans le [\*\*\*Dossier A\*\*\*]) ou

respect of those questions as they related to the information relied upon in the warrant applications (appeal book, Vol. 2, tab 17, pages 645–646).

[152] It is difficult to conceive how the question could have been more bluntly put forward, and how it can be said that the Service breached its duty of candour in failing to proactively identify and disclose its use of information likely derived from illegal activities in support of its application in [\*\*\*Case B\*\*\*]. The Judge was obviously entitled to come to that conclusion with respect to the [\*\*\*Case A\*\*\*] application (it was indeed conceded by the Attorney General), but it was a palpable and overriding error in effect to amalgamate the two applications and to apply the same conclusion to the [\*\*\*Case B\*\*\*] application. There is simply no justification to take the Attorney General's concession that the duty of candour had been breached in the first application as an admission that a similar breach occurred in the second, which stood on its own.

[153] The *amici* submitted that the Judge made no such mistake and was not confused when he found a breach of the duty of candour in the case before him. In their view, it was not sufficient for the Attorney General to disclose, both in [\*\*\*Case A\*\*\*] and [\*\*\*Case B\*\*\*] that the evidence relied upon to support the warrant applications was obtained illegally; what should also have been disclosed is that the illegality was intentional, to the extent that the Service and the Attorney General acted in the face of legal advice confirming that Crown immunity could not be raised as a defence by the Service employees and sources engaged in conduct that violates the prohibition of the *Criminal Code* relating to the financing of terrorism. When Justice Gleeson's reasons are read in context and as a whole, contended the *amici*, it is clear that the duty of candour breach identified in [\*\*\*Case B\*\*\*] related to the failure to disclose that background information and the institutional policy of weighing illegality against the value of intelligence. In other words, what the Judge really wanted to say was that the Service, having sought to rely on evidence that

par la suite dans le [\*\*\*Dossier B\*\*\*]) », avait fourni suffisamment d'informations sur ces questions quant à leur lien avec les informations utilisées dans les demandes de mandats (dossier d'appel, vol. 2, onglet 17, aux pages 645 et 646).

[152] Il est difficile d'imaginer comment la question aurait pu être posée plus directement et comment il est possible d'affirmer que le Service a manqué à son obligation de franchise en omettant de reconnaître et de communiquer, de façon proactive, qu'il avait utilisé des informations découlant probablement d'activités illégales en appui à la demande [\*\*\*Dossier B\*\*\*]. De toute évidence, le juge pouvait en arriver à cette conclusion relativement à la demande [\*\*\*Dossier A\*\*\*] (ce qu'a effectivement admis le procureur général); toutefois, amalgamer les deux demandes et appliquer la même conclusion à la demande [\*\*\*Dossier B\*\*\*] était, de fait, une erreur manifeste et dominante. Absolument rien ne justifie de considérer que le procureur général, en reconnaissant qu'il y avait eu manquement à l'obligation de franchise dans le cadre de la première demande, admettait également un tel manquement pour la deuxième, qui existait de façon indépendante.

[153] Selon les *amici*, le juge n'a pas commis une telle erreur, et sa conclusion quant au manquement à l'obligation de franchise dans l'affaire dont il était saisi ne traduisait aucune confusion. À leur avis, il ne suffisait pas que le procureur général, s'agissant des demandes [\*\*\*Dossier A\*\*\*] et [\*\*\*Dossier B\*\*\*], précise que les éléments de preuve utilisés en appui avaient été obtenus illégalement; il lui aurait aussi fallu spécifier que cette illégalité était intentionnelle, au point où le Service et le procureur général avaient agi malgré des avis juridiques confirmant qu'il n'était pas possible d'invoquer l'immunité de l'État pour défendre les employés et les sources du Service qui menaient des activités contrevenant aux dispositions du *Code criminel* sur le financement d'activités terroristes. Les *amici* ont soutenu qu'à la lecture des motifs du juge Gleeson en contexte et de façon globale, il devient manifeste que le manquement à l'obligation de franchise signalé dans le [\*\*\*Dossier B\*\*\*] a trait à l'omission de communiquer ces informations contextuelles et la politique organisationnelle consistant à mettre en balance l'illégalité d'un

was likely derived from illegal activities, breached the duty of candour in [\*\*\*Case B\*\*\*] by failing to disclose that it knew about the illegal character of these activities.

[154] This interpretation is borne out by the reasons provided by Justice Gleeson, at paragraphs 132 and 134:

The *amici* argue that the candour breach continued even after counsel identified illegality as an issue in [\*\*\*Case A\*\*\*]. This is because counsel did not candidly advise the Court that the Service was aware, based on the legal advice it had received, of the illegal character of the collection activities it had undertaken. The *amici* argue that counsel was required to seek a waiver of privilege prior to appearing before the Court to allow these circumstances to be fully disclosed.

...

I am persuaded by the *amici* view: in these unique circumstances candour required that counsel seek a waiver of privilege prior to appearing before the Court....

[155] Needless to say, the Attorney General vigorously disputed this position and stated that there was nothing unique in the circumstances of this case that would justify an interference with solicitor-client privilege. We agree with the *amici* that this is the core issue on this appeal, and we will now turn our attention to it.

#### B. *Solicitor-Client Privilege*

[156] In his reasons, Justice Gleeson aptly reiterated that the Service is limited in its capacity to investigate threats to the national security to Canada by its “foundational commitment” to act within the bounds of the law: at paragraph 37. This commitment, as he points out, is rooted in the statement in the 1981 McDonald Commission Report [Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police, *Second Report: Freedom and Security under the Law*],

acte et l’utilité des renseignements qu’il peut permettre d’obtenir. Autrement dit, le juge voulait dire en réalité que le Service, ayant cherché à s’appuyer sur des éléments de preuve qui découlaient probablement d’activités illégales, avait manqué à son obligation de franchise en omettant de préciser qu’il était au courant du caractère illégal des activités en question.

[154] Les motifs donnés par le juge Gleeson aux paragraphes 132 et 134 confirment cette interprétation :

Les *amici* soutiennent que le manquement à l’obligation de franchise s’est poursuivi même après que les avocats ont reconnu le problème de l’illégalité dans le dossier [\*\*\*Dossier A\*\*\*], et ce, parce que les avocats n’ont pas, en toute franchise, avisé la Cour que le Service, sur la foi des avis juridiques qu’il avait reçus, était au courant du caractère illégal des activités de collecte entreprises. Selon les *amici*, pour que les circonstances aient pu être pleinement exposées, il aurait fallu que les avocats demandent une renonciation au privilège avant de comparaître devant la Cour.

[...]

L’opinion des *amici* me convainc : dans ces circonstances uniques, l’obligation de franchise nécessitait que les avocats demandent une renonciation au privilège avant de comparaître devant la Cour [...]

[155] Il va sans dire que le procureur général a contesté vigoureusement cette position et a déclaré que les circonstances de l’affaire ne comportaient aucun élément unique qui justifierait de porter atteinte au secret professionnel de l’avocat. La Cour convient avec les *amici* que cette question, sur laquelle elle se penche ci-dessous, est au cœur de l’espèce.

#### B. *Secret professionnel de l’avocat*

[156] Dans ses motifs, le juge Gleeson a réitéré à juste titre que la capacité du Service à enquêter sur les menaces pour la sécurité nationale est restreinte par son « engagement fondamental » envers la collecte légale de renseignements (au paragraphe 37). Cet engagement, a-t-il souligné, tire son origine du rapport de la Commission McDonald de 1981 [Commission d’enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, *Deuxième rapport : La liberté et la sécurité*

that the rule of law must be observed in all security operations. This is uncontroversial, and has repeatedly been reiterated by this Court and the Federal Court: see, for example, *X (Re)*, 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567, at paragraphs 22–26; *X (Re) 2016 FC*, at paragraphs 129–132. What is novel, however, is the inference drawn by the Judge that the duty of candour, as a corollary to the respect for the rule of law, necessarily required counsel appearing on behalf of the Service to seek a waiver of solicitor-client privilege prior to appearing before the Court. This would permit counsel to inform the Court that the Service was aware of the illegal character of its collection activities on the basis of the legal advice it had received.

[157] In the Judge’s view, the failure by counsel to disclose the legal advice provided to the Service and, therefore, the degree of knowledge by the Service of the illegally obtained nature of the information relied upon to support its application for a warrant, was “in the unique circumstances of this case”, a breach of the rule of law: at paragraphs 134 and 163. Unfortunately, Justice Gleeson does not elaborate on the rationale underlying this crucial finding, devoting only three paragraphs to the question (at paragraphs 132–134), and one is therefore left to rely on the *amici*’s argument to which he explicitly refers with approval.

[158] In their submission before us, the *amici* developed the argument that they put before the Federal Court. It is premised on the test ultimately adopted by the Federal Court with respect to the use of illegally collected information in support of a section 21 warrant request. A brief discussion of that test is therefore in order to fully grasp the *amici*’s position.

[159] Based on *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, [1993] 8 W.W.R. 257 (*Grant No. 1*), at paragraph 79, it appears that a judge must automatically excise evidence arising from a Charter breach or that was otherwise unlawfully obtained when considering a police officer’s reasonable and probable grounds in applying for a warrant. See also, to the same effect, *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at paragraph 74; *R. v. Mahmood*, 2011 ONCA 693, 107 O.R. (3d) 641, at paragraph 116;

*devant la loi*], selon lequel il est nécessaire de respecter la primauté du droit dans toutes les opérations de sécurité. Cela ne soulève aucune controverse; la Cour et la Cour fédérale l’ont répété maintes fois, par exemple dans les décisions *X (Re)*, 2018 CF 738, [2019] 1 R.C.F. 567, aux paragraphes 22 à 26, et *X (Re) 2016 CF*, aux paragraphes 129 à 132. Ce qui est nouveau, toutefois, c’est que le juge a conclu que l’obligation de franchise, un corollaire du respect de la primauté du droit, exige de l’avocat qui représente le Service qu’il demande une renonciation au secret professionnel avant de se présenter devant la Cour fédérale. Il serait ainsi en mesure d’aviser cette dernière que le Service avait connaissance du caractère illégal de ses activités de collecte, et ce, en raison des avis juridiques qu’il avait reçus.

[157] Selon le juge, en ne communiquant pas à la Cour fédérale les avis juridiques donnés au Service et, partant, en taisant ce que savait ce dernier du caractère illégal des informations sur lesquelles il avait fondé la demande de mandats, l’avocat a fait entorse à la primauté du droit « dans les circonstances uniques de l’affaire » (aux paragraphes 134 et 163). Malheureusement, le juge Gleeson ne s’est pas attardé à justifier cette conclusion fondamentale, ne consacrant que trois paragraphes (de 132 à 134) à la question. Partant, il est nécessaire de se reporter à l’argument des *amici*, qu’il cite explicitement avec approbation.

[158] Dans leurs observations à la Cour, les *amici* ont développé l’argument qu’ils avaient présenté à la Cour fédérale. Il repose sur le critère que la Cour fédérale a fini par utiliser quant à la collecte illégale d’informations en appui à une demande de mandats faite en vertu de l’article 21. Partant, une bonne compréhension de la position des *amici* repose sur un bref exposé de ce critère.

[159] Suivant l’arrêt *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223 (*Grant n°1*), au paragraphe 79, il semble que le juge, lorsqu’il étudie les motifs raisonnables et probables exposés par le policier qui demande un mandat, doit automatiquement exclure les éléments de preuve qui découlent d’une violation de la Charte ou qui ont autrement été obtenus illégalement. À cet égard, se reporter également à l’arrêt *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, au paragraphe 74; *R. v. Mahmood*, 2011 ONCA 693, 107

*R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263, (1993), 84 C.C.C. (3d) 161. This rule may seem harsh, especially in light of the fact that similar evidence will only be excluded at trial as a result of a carefully balanced exercise, but it has survived so far. Both the Attorney General and the *amici* agreed that such a draconian rule was not desirable in a national security context, and the Federal Court also agreed, stating that “[a]n automatic excision rule could lead a designated judge to not issue a warrant due to a minor illegality even where the threat under investigation is significant”: at paragraph 186.

[160] Accepting that it is the role of the designated judge to balance the societal interest of maintaining national security against individual rights and interests, the Court therefore adopted a more nuanced approach along the lines of the test developed in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353 (*Grant No. 2*) in the context of subsection 24(2) of the Charter. As a result, the Court held that three factors should be considered when determining whether information that was likely collected in contravention of the law should nevertheless be admitted in support of a warrant application under the Act. These factors (the most relevant one for our purposes being the seriousness of the illegal activities) are reproduced at paragraph 114 of these reasons.

[161] This finding of the Federal Court is not challenged by the parties, nor could it be since it is the test that they proposed in the first place. The *amici*, however, drew a conclusion from this test that was vigorously opposed by the Attorney General.

[162] Stripped to the essential, the *amici*'s argument goes like this. In light of the factors to be considered when determining whether information connected to illegal conduct should be admitted in support of a warrant application, and in particular the first one relating to the seriousness or the intentionality of that illegal conduct, it is not sufficient for the Service to simply let the Court know that the evidence was obtained with knowledge of the illegality involved in its collection. If the judge is to be in a position to perform the balancing analysis called

O.R. (3d) 641, au paragraphe 116; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263. Cette règle peut paraître sévère, compte tenu, surtout, du fait que des éléments de preuves similaires ne seront exclus d'un procès qu'au terme d'un exercice de mise en balance rigoureux; toutefois, elle s'est maintenue jusqu'à maintenant. Tant le procureur général que les *amici* ont convenu qu'une règle aussi draconienne n'était pas souhaitable dans le contexte de la sécurité nationale. La Cour fédérale a abondé dans leur sens : « Une telle règle [d'exclusion automatique] pourrait amener un juge désigné à ne pas décerner un mandat en raison d'une illégalité mineure, même si l'enquête vise une menace grave » (au paragraphe 186).

[160] Reconnaissant le rôle du juge désigné dans la mise en balance, d'une part, de l'intérêt pour la collectivité d'assurer la sécurité nationale et, d'autre part, des droits et des intérêts personnels, la Cour fédérale a donc adopté une approche plus nuancée, inspirée du critère élaboré dans l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353 (*Grant n° 2*) dans le contexte du paragraphe 24(2) de la Charte, faisant valoir que trois facteurs doivent être pris en considération pour déterminer si des informations probablement recueillies illégalement peuvent néanmoins être utilisées en appui à une demande de mandats faite en vertu de la Loi sur le SCRS. Ces facteurs (dont le plus pertinent en l'espèce est « la gravité de l'acte illégal ») figurent au paragraphe 114 des présents motifs.

[161] Les parties ne contestent pas cette conclusion de la Cour fédérale; d'ailleurs, elles ne le pourraient pas, puisqu'il s'agit du critère qu'elles-mêmes avaient proposé en premier lieu. Toutefois, les *amici* en ont tiré une conclusion à laquelle le procureur général s'est opposé vigoureusement.

[162] Ramené à sa plus simple expression, l'argument des *amici* s'énonce ainsi : compte tenu des facteurs à prendre en considération pour déterminer s'il y a lieu d'utiliser des informations découlant d'actes illégaux en appui à une demande de mandats, particulièrement le premier, à savoir « la gravité de l'acte illégal », le Service ne peut pas se contenter d'informer la Cour fédérale qu'il a obtenu un élément de preuve sachant que l'activité ayant permis sa collecte était illégale. Pour être en mesure de réaliser l'exercice de mise en balance exigé



for by the test adopted by the Court, he or she must be provided with all of the information going to the state of mind of those who obtained the information illegally. According to that logic, it is only through an examination of the legal advice received by the Service and of the Service's response, that a judge will be able to assess the gravity of its conduct and its good faith. In other words, waiving solicitor-privilege is the *quid pro quo* for asking the Court to make an exceptional ruling and to admit illegally gathered evidence in support of a warrant request.

[163] As previously mentioned, this thesis is vigorously opposed by the Attorney General, on the basis that such an exception to solicitor-client privilege is unsupported by the case law and is incompatible with the privilege's fundamental importance for the maintenance of the rule of law. For the reasons that follow, we are of the view that accepting the *amici's* argument and confirming the Federal Court's decision on this matter would result in an unjustifiable and dangerous incursion into the solicitor-client privilege.

[164] Solicitor-client privilege first evolved as a rule of evidence, and was meant to prevent privileged material from being tendered in evidence in a court room. Numerous decisions have since extended its application well beyond its original limits, and it is now considered a substantive rule that attaches to any communication between solicitor and client which entails the asking for or giving of legal advice and which is intended to be confidential by the parties: *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at page 837, (1979), 105 D.L.R. (3d) 745 (*Solosky*); *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at pages 875–876, (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, (1999), 169 D.L.R. (4th) 385 (*Smith*), at paragraphs 48–49; *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574, at paragraph 10. Indeed, the Supreme Court reaffirmed in *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209 (*Lavallee*), at paragraph 49, that solicitor-client privilege is a principle of fundamental justice within the meaning of section 7 of the Charter, and stated in *R. v. National Post*, 2010 SCC

par le critère adopté par la Cour fédérale, le juge doit tout savoir de l'état d'esprit des personnes qui ont obtenu les informations illégalement. Selon ce raisonnement, seul l'examen des avis juridiques donnés au Service et des réponses de ce dernier permettra au juge d'évaluer la gravité de ses actes ainsi que sa bonne foi. Autrement dit, la renonciation au secret professionnel de l'avocat constitue la contrepartie au fait de demander à la Cour fédérale de rendre une décision ayant un caractère exceptionnel et d'admettre des éléments de preuve recueillis illégalement en appui à une demande de mandats.

[163] Comme il en a été question plus haut, le procureur général s'oppose vigoureusement à cette thèse, estimant qu'une telle exception au secret professionnel de l'avocat ne trouve aucun appui dans la jurisprudence et est incompatible avec l'importance fondamentale de ce privilège pour le maintien de la primauté du droit. Pour les motifs exposés ci-dessous, la Cour est d'avis qu'accepter l'argument des *amici* et confirmer la décision de la Cour fédérale en la matière entraînerait une atteinte injustifiable et dangereuse au secret professionnel de l'avocat.

[164] Le secret professionnel de l'avocat a d'abord été considéré comme une règle de preuve. Il visait à prévenir la production en preuve de documents protégés. De nombreuses décisions en ont étendu l'application bien au-delà de ses limites originales. Il est maintenant considéré comme une règle de fond qui s'applique à toute communication entre un avocat et son client qui concerne la recherche ou la prestation d'avis juridiques et dont les parties souhaitent préserver la confidentialité. Se reporter aux arrêts *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821 (*Solosky*), à la page 837; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, aux pages 875 et 876; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455 (*Smith*), aux paragraphes 48 et 49; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574, au paragraphe 10. En fait, dans l'arrêt *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209 (*Lavallee*), au paragraphe 49, la Cour suprême a réitéré que le secret professionnel de l'avocat constitue un principe de justice fondamentale visé à l'article 7 de la Charte, et a énoncé dans l'arrêt *R. c. National Post*, 2010 CSC 16,

16, [2010] 1 S.C.R. 477, at paragraph 39 that such privilege is generally seen as a “fundamental and substantive” rule of law. The Supreme Court has repeatedly said that it must remain “as close to absolute as possible” and “should not be interfered with unless absolutely necessary” (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary*, 2016 SCC 53, [2016] 2 S.C.R. 555, at paragraph 43), and that it only yields in “certain clearly defined circumstances, and does not involve a balancing of interests on a case-by-case basis” (*R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445 (*McClure*), at paragraph 35).

[165] It is important to stress that solicitor-client privilege, far from being in tension with the rule of law, is on the contrary, essential to its fulfillment and nurtures it. In his *Solicitor-Client Privilege* (Toronto: LexisNexis, 2014), Professor Adam M. Dodek explains that the privilege has been held to further frank and full disclosure between a lawyer and his or her client, the well-functioning of the adversary system and access to justice. These justifications of the privilege share a common theme, namely the efficacy of the justice system. Along the same lines, Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst submit that the modern articulation of solicitor-client privilege rests on the premise that “[e]ffectual legal assistance ... [can] only be given if clients frankly and candidly disclosed material facts to their solicitors, which, in turn, [is] essential to the effective operation of the legal system”: *The Law of Evidence in Canada*, 5th ed. (Toronto: LexisNexis Canada, 2018), at §14.46.

[166] The first of the justifications enunciated by Professor Dodek, the “frank and full disclosure” argument, has perhaps received the most attention from courts and scholars alike. The classic statement of that argument in *Greenough v. Gaskell* (1833), 39 E.R. 618, 1 My. & K. 98 (Ch. Div.) and its restatement in *Anderson v. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644 are often cited by Canadian courts, and continue to form part of the dominant rationale underlying solicitor-client privilege. In an effort to improve upon jurisprudential discussions regarding the theoretical foundations of the privilege, the

[2010] 1 R.C.S. 477, au paragraphe 39, qu’il est généralement considéré comme une règle de droit « fondamentale et substantielle ». La Cour suprême a soutenu à maintes reprises que le secret professionnel de l’avocat doit demeurer « aussi absolu que possible », qu’il ne saurait être question d’« y porter atteinte qu’en cas de nécessité absolue » (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555, au paragraphe 43), et qu’il ne cède le pas « que dans certaines circonstances bien définies et ne nécessite pas une évaluation des intérêts dans chaque cas » (*R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445 (*McClure*), au paragraphe 35).

[165] Il est important de souligner que, loin d’entrer en conflit avec la primauté du droit, le secret professionnel de l’avocat est essentiel à son accomplissement et la soutient. Dans son ouvrage *Solicitor-Client Privilege* (Toronto : LexisNexis, 2014), le professeur Adam M. Dodek explique que le secret professionnel de l’avocat a été maintenu afin de favoriser la communication franche et complète entre l’avocat et son client, le bon fonctionnement du système contradictoire ainsi que l’accès à la justice. Ces justifications ont un point commun : l’efficacité du système judiciaire. Dans le même ordre d’idée, Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant et Michelle K. Fuerst soutiennent que la formulation moderne du secret professionnel de l’avocat repose sur la prémisse suivante : [TRADUCTION] « Le client ne peut obtenir une aide juridique efficace que s’il communique en toute franchise les faits importants à son avocat; cela constitue un rouage essentiel au bon fonctionnement du système juridique » (*The Law of Evidence in Canada*, 5<sup>e</sup> éd., Toronto : LexisNexis Canada, 2018, au point 14.46).

[166] C’est peut-être à la première des justifications énoncées par le professeur Dodek, l’argument de la « communication franche et complète », que se sont davantage intéressés les tribunaux et les chercheurs. L’énoncé classique de cet argument dans la décision *Greenough v. Gaskell* (1833), 39 E.R. 618, 1 My. & K. 98 (Ch. Div.), repris dans la décision *Anderson v. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644, est souvent cité par les tribunaux canadiens et fait toujours partie du raisonnement dominant qui sous-tend le secret professionnel de l’avocat. Pour faciliter les discussions

Supreme Court of Canada has repeatedly asserted the critical role of solicitor-client privilege in fostering open communication between clients and lawyers.

[167] In *Smith*, for example, Justice Cory resorted to the vast scope of situations where legal advice is sought, and the need for clients to speak freely to their lawyers in such contexts, in support of the proposition that the privilege is an integral part of the functioning of the legal system [at paragraph 46]:

Clients seeking advice must be able to speak freely to their lawyers secure in the knowledge that what they say will not be divulged without their consent. It cannot be forgotten that the privilege is that of the client, not the lawyer. The privilege is essential if sound legal advice is to be given in every field. It has a deep significance in almost every situation where legal advice is sought whether it be with regard to corporate and commercial transactions, to family relationships, to civil litigation or to criminal charges. Family secrets, company secrets, personal foibles and indiscretions all must on occasion be revealed to the lawyer by the client. Without this privilege clients could never be candid and furnish all the relevant information that must be provided to lawyers if they are to properly advise their clients. It is an element that is both integral and extremely important to the functioning of the legal system. It is because of the fundamental importance of the privilege that the onus properly rests upon those seeking to set aside the privilege to justify taking such a significant step.

[168] In *McClure*, Justice Major similarly evoked the law's complexity and the lawyers' unique role, both of which militate for the fullest disclosure within the confines of the solicitor-client relationship. The danger of eroding solicitor-client privilege, Justice Major posited, resides in the potential to stifle communications between the lawyer and his or her client [at paragraph 33]:

The importance of solicitor-client privilege to both the legal system and society as a whole assists in determining whether and in what circumstances the privilege should yield to an individual's right to make full answer and defence. The law is complex. Lawyers have a unique role. Free and candid communication between the lawyer and

de nature jurisprudentielle sur les fondements théoriques du secret professionnel de l'avocat, la Cour suprême du Canada en a réaffirmé maintes fois le rôle essentiel relativement aux communications ouvertes entre un avocat et son client.

[167] À titre d'exemple, dans l'arrêt *Smith*, le juge a évoqué la vaste gamme de situations donnant lieu à une demande d'avis juridiques, ainsi que la nécessité, pour le client, de s'entretenir librement avec son avocat dans ces contextes, en appui à la proposition voulant que le secret professionnel de l'avocat fasse partie intégrante du fonctionnement du système juridique [au paragraphe 46] :

Les clients qui consultent un avocat doivent pouvoir s'exprimer en toute liberté avec la certitude que ce qu'ils disent ne sera pas divulgué sans leur consentement. Il ne faut pas oublier que le privilège appartient au client et non à l'avocat. Le privilège est essentiel si l'on veut que des avis juridiques judicieux soient donnés dans tous les domaines. Il revêt une grande importance dans presque chaque cas où un avis juridique est sollicité, qu'il s'agisse d'opérations commerciales, de relations familiales, de litiges civils ou d'accusations criminelles. Les secrets de famille, les secrets d'entreprise, les faiblesses et les étourderies doivent parfois être révélés par le client à l'avocat. Sans ce privilège, les clients ne pourraient parler avec franchise à leurs avocats ni leur communiquer l'ensemble des renseignements qu'ils doivent connaître pour conseiller judicieusement leurs clients. Il s'agit d'un élément qui constitue une partie extrêmement importante du fonctionnement du système judiciaire. C'est en raison de l'importance cruciale de ce privilège qu'il incombe à juste titre à ceux qui désirent l'écartier de justifier une mesure d'une telle gravité.

[168] Dans l'arrêt *McClure*, le juge Major a aussi parlé de la complexité du droit et du rôle unique de l'avocat, deux éléments favorables à la communication la plus complète possible au sein de la relation entre l'avocat et son client. Selon le juge Major, porter atteinte au secret professionnel risque de restreindre la communication entre un avocat et son client [au paragraphe 33] :

L'importance du secret professionnel de l'avocat pour le système juridique et pour l'ensemble de la société aide à déterminer si et dans quelles circonstances ce privilège devrait céder le pas au droit d'un individu de présenter une défense pleine et entière. Le droit est complexe. Le rôle des avocats est singulier. La communication libre et

client protects the legal rights of the citizen. It is essential for the lawyer to know all of the facts of the client's position. The existence of a fundamental right to privilege between the two encourages disclosure within the confines of the relationship. The danger in eroding solicitor-client privilege is the potential to stifle communication between the lawyer and client. The need to protect the privilege determines its immunity to attack.

[169] The various jurisprudential iterations of the rationale for solicitor-client privilege consistently appeal to a sense of efficacy in the operation of the legal system. *Smith* establishes that the privilege speaks to the “functioning of the legal system” (at paragraph 46), *McClure* recognizes that it is “integral to the workings of the legal system” and is “a part of that system, not ancillary to it” (at paragraph 31), and *Lavallee* likewise discusses the central contribution of the privilege to “the administration of justice in an adversarial system” (at paragraph 49). We read this repeated insistence on the functioning of the legal system or the administration of justice as an acknowledgement, albeit an implicit one, of the privilege's critical role to the preservation of the rule of law.

[170] Endorsing the “rule of law” rationale developed by Professor Adrian Zuckerman in *Civil Procedure: Principles of Practice* (London: Thompson/Sweet & Maxwell, 2006), the House of Lords has enunciated the necessity of solicitor-client privilege's British equivalent—legal professional privilege—in a societal order built upon a belief in the rule of law:

.... It is obviously true that in very many cases clients would have no inhibitions in providing their lawyers with all the facts and information the lawyers might need whether or not there were the absolute assurance of non-disclosure that the present law of privilege provides. But the dicta to which I have referred all have in common the idea that it is necessary in our society, a society in which the restraining and controlling framework is

franche entre l'avocat et son client protège les droits que la common law reconnaît au citoyen. Il est essentiel qu'un avocat soit au courant de tous les faits qui ont trait à la situation de son client. L'existence d'un droit fondamental au secret professionnel de l'avocat encourage la divulgation dans les limites des rapports que l'avocat a avec son client. L'affaiblissement du secret professionnel de l'avocat peut contribuer à restreindre la communication entre un avocat et son client. L'immunité de ce privilège contre toute attaque s'explique par la nécessité de le préserver.

[169] Les diverses manières dont la justification du secret professionnel de l'avocat est évoquée dans la jurisprudence ont ceci en commun qu'elles en appellent au fonctionnement efficace du système juridique. L'arrêt *Smith* établit que le secret professionnel de l'avocat fait partie du « fonctionnement du système judiciaire » (au paragraphe 46); dans l'arrêt *McClure*, la Cour suprême reconnaît qu'il fait « partie intégrante des rouages du système juridique lui-même » et fait « partie de ce système et n'y [est] pas subordonné » (au paragraphe 31). De même, dans l'arrêt *Lavallee*, il est question de la contribution essentielle du secret professionnel de l'avocat à « l'administration de la justice dans un système contradictoire » (au paragraphe 49). En cette insistance sur le fonctionnement du système juridique ou sur l'administration de la justice, la Cour voit la reconnaissance, bien qu'implicite, du rôle essentiel que joue le secret professionnel de l'avocat dans la préservation de la primauté du droit.

[170] Souscrivant à la justification relative à la primauté du droit développée par le professeur Adrian Zuckerman dans *Civil Procedure : Principles of Practice* (Londres : Thompson/Sweet & Maxwell, 2006), la Chambre des lords a fait état de la nécessité, dans un ordre social fondé sur l'adhésion à la primauté du droit, de l'équivalent britannique du secret professionnel de l'avocat :

[TRADUCTION]

[...] De toute évidence, il arriverait très souvent qu'un client n'hésiterait aucunement à fournir à son avocat tous les faits et toutes les informations nécessaires, même s'il n'avait pas l'assurance absolue que ces faits et informations ne seraient jamais divulgués, assurance que procure actuellement le secret professionnel de l'avocat. Toutefois, les affirmations auxquelles j'ai fait allusion ont en commun l'idée qu'il est nécessaire, dans notre société

built upon a belief in the rule of law, that communications between clients and lawyers, whereby the clients are hoping for the assistance of the lawyer's legal skills in the management of their (the clients') affairs, should be secure against the possibility of any scrutiny from others, whether the police, the executive, business competitors, inquisitive busy-bodies or anyone else (see also paras 15.8 to 15.10 of Adrian Zuckerman's *Civil Procedure* where the author refers to the rationale underlying legal advice privilege as "the rule of law rationale"). I, for my part, subscribe to this idea. It justifies, in my opinion, the retention of legal advice privilege in our law, notwithstanding that as a result cases may sometimes have to be decided in ignorance of relevant probative material.

*Three Rivers District Council & Ors v. Bank of England*, [2004] UKHL 48, at paragraph 34.

[171] Solicitor-client privilege is no less crucial for government officials than it is for individuals and corporations. This is not disputed by the *amici*, nor could it be in the face of the clear finding to that effect by this Court in *Stevens v. Canada (Prime Minister)*, [1998] 4 F.C. 89, (1998), 161 D.L.R. (4th) 85 (C.A.), at paragraph 22:

... the identity of the client is irrelevant to the scope or content of the privilege. Whether the client is an individual, a corporation, or a government body there is no distinction in the degree of protection offered by the rule.... Furthermore, I can find no support for the proposition that a government is granted less protection by the law of solicitor-client privilege than would any other client. A government, being a public body, may have a greater incentive to waive the privilege, but the privilege is still its to waive.

[172] The fact that greater transparency on the part of intelligence agencies may be desirable, from a public perspective, has therefore no bearing on the contours of solicitor-client privilege. Professor Patrick J. Monahan, now a judge of the Ontario Superior Court of Justice, eloquently asserted the importance of legal advice and of solicitor-client privilege in the context of governmental activities:

où le cadre de restriction et de contrôle repose sur l'adhésion à la primauté du droit, que les communications entre un avocat et son client — lorsque ce dernier cherche à bénéficier des compétences juridiques du premier — ne puissent être entendues par quiconque, qu'il s'agisse de policiers, de représentants du pouvoir exécutif ou d'une entreprise concurrente, de fouineurs ou de qui que ce soit d'autre (se reporter également aux points 15.8 à 15.10 de l'ouvrage *Civil Procedure* d'Adrian Zuckerman, où il affirme que la justification du secret professionnel de l'avocat relève de la primauté du droit). Quant à moi, j'abonde dans ce sens. À mon avis, cela justifie le maintien du secret professionnel de l'avocat dans notre système juridique, malgré la possibilité qu'en conséquence, un juge soit appelé à se prononcer sans avoir connaissance de certains éléments probants.

*Three Rivers District Council & Ors v. Bank of England*, [2004] UKHL 48, au paragraphe 34.

[171] Le secret professionnel de l'avocat n'est pas moins essentiel pour les représentants du gouvernement que pour les particuliers et les sociétés, ce que les *amici* ne contestent pas. D'ailleurs, cela n'est pas contestable, compte tenu de la conclusion limpide de la Cour fédérale à cet effet dans l'arrêt *Stevens c. Canada (Premier ministre)*, [1998] 4 C.F. 89 (C.A.), au paragraphe 22 :

[...] l'identité du client est sans importance quant à la portée ou au contenu du privilège. Que le client soit un particulier, une société ou un organisme public, il n'y a aucune distinction dans le degré de la protection qu'offre la règle [...] De plus, je ne peux trouver aucun fondement à la proposition selon laquelle le droit relatif au secret des communications entre client et avocat accorde moins de protection à un gouvernement qu'à tout autre client. Un gouvernement, étant un organisme public, peut être beaucoup plus enclin à renoncer au privilège, mais c'est toujours à lui qu'il appartient d'y renoncer.

[172] Partant, bien qu'il puisse être souhaitable, du point de vue du public, qu'un service de renseignement fasse preuve d'une grande transparence, il reste que cela n'a aucune incidence sur les tenants et les aboutissants du secret professionnel de l'avocat. Le professeur Patrick J. Monahan, maintenant juge à la Cour supérieure de justice de l'Ontario, a souligné avec éloquence l'importance des avis juridiques et du secret professionnel de l'avocat dans le contexte des activités gouvernementales :

As I have argued above, government lawyers have an obligation to provide candid, thorough and objective legal advice to their clients within government, even when such advice might be at odds with the policy objectives of a particular government. The provision of such thorough and objective advice is in fact essential to government officials who wish to ensure that their actions are in accordance with the rule of law. The fact that privilege attaches to the opinions provided by their legal advisors encourages and facilitates the seeking of such advice by government decision-makers in a timely way. It also enables such advice to be developed in a consistent and principled fashion, in accordance with strict standards for review and approval, thus enabling a single, authoritative source of legal advice within government. In short, solicitor-client privilege within government reinforces and advances respect for the rule of law in the administration of public affairs.

Patrick J. Monahan, “‘In the Public Interest’: Understanding the Special Role of the Government Lawyer” (2013), 63 *S.C.L.R.* (2d) 43, at page 53.

[173] The following excerpt from *Waterford v. Australia* (1987), 163 C.L.R. 54 (H.C. Aust.), at pages 74–75, cited with approval by the Ontario Superior Court of Justice in *R. v. Ahmad* (2008), 59 C.R. (6th) 308, 77 W.C.B. (2d) 804, at paragraph 78, similarly raises the importance of legal professional privilege in seeking legal advice on the limits of government officers’ exercise of powers, functions and duties:

... I should think that the public interest is truly served by according legal professional privilege to communications brought into existence by a government department for the purpose of seeking or giving legal advice as to the nature, extent and the manner in which the powers, functions and duties of government officers are required to be exercised or performed. If the repository of the power does not know the nature or extent of the power or if he does not appreciate the legal restraints on the manner in which he is required to exercise it, there is a significant risk that a purported exercise of the power will miscarry. The same may be said of the performance of functions and duties. The public interest in minimizing the risk by encouraging resort to legal advice is greater, perhaps, than the public interest in minimizing the risk that individuals may act without proper appreciation of their legal rights and obligations. In the case of governments no less than

[TRADUCTION] Comme je l’ai soutenu plus haut, les avocats du gouvernement sont tenus de donner des conseils juridiques francs, approfondis et objectifs à leurs clients, même s’ils peuvent entrer en conflit avec les objectifs stratégiques du gouvernement. En fait, les fonctionnaires qui veulent s’assurer d’agir dans le respect de la primauté du droit ont absolument besoin de tels conseils approfondis et objectifs. Pour les décideurs gouvernementaux, le fait que les avis donnés par leurs conseillers juridiques sont protégés par le secret professionnel de l’avocat est un incitatif qui les encourage à obtenir de tels avis à point nommé. Cela favorise aussi l’élaboration d’avis de manière uniforme et régie par des principes, dans le respect de normes rigoureuses d’examen et d’approbation, par une source unique faisant autorité au sein du gouvernement. Autrement dit, le secret professionnel de l’avocat au gouvernement renforce et promeut le respect de la primauté du droit dans l’administration des affaires publiques.

Patrick J. Monahan, « “In the Public Interest” : Understanding the Special Role of the Government Lawyer » (2013), *S.C.L.R.* (2d) 43, à la page 53.

[173] L’extrait suivant de l’arrêt *Waterford v. Australia* (1987), 163 C.L.R. 54 (H.C. Aust.), aux paragraphes 74 et 75, cité avec approbation par la Cour supérieure de justice de l’Ontario dans la décision *R. v. Ahmad* (2008), 59 C.R. (6th) 308, 77 W.C.B. (2d) 804 (C. sup. Ont.), au paragraphe 78, souligne également l’importance du secret professionnel de l’avocat lorsqu’il s’agit de demander des avis juridiques sur les limites de l’exercice des fonctions et des pouvoirs d’un fonctionnaire :

[TRADUCTION] [...] Il me semble que l’intérêt public est réellement servi lorsque sont protégées par le secret professionnel de l’avocat les communications produites par un ministère en vue de demander ou de donner des avis juridiques sur la nature, la portée et l’exercice des fonctions et des pouvoirs des fonctionnaires. Il existe un risque important que le détenteur d’un pouvoir l’exerce à tort s’il n’en connaît pas la portée ou la nature ou ne saisit pas la portée des restrictions légales sur la façon dont il doit l’exercer. La même réflexion s’applique à l’exercice des fonctions. S’agissant de l’intérêt public, il est peut-être plus avantageux de diminuer les risques en encourageant le recours aux avis juridiques que de diminuer les risques qu’un particulier puisse agir sans bien comprendre ses droits et obligations. Tant pour l’État que pour les particuliers, le secret professionnel de l’avocat tend à favoriser l’application de la loi, et le maintien de la primauté du

in the case of individuals, legal professional privilege tends to enhance the application of the law, and the public has a substantial interest in the maintenance of the rule of law over public administration....

[174] In our view, requiring counsel to seek a waiver from the Service relating to the legal advice it received concerning the potential illegality of its collection activities, even in what Justice Gleeson presents as “unique circumstances”, risks creating a disincentive for the Service to seek candid legal advice. This, we believe, is antithetical to the preservation of the rule of law in the context of intelligence activities. Indeed, the Attorney General claims that the Service only attempted to mitigate the extent of the potential illegality—refusing to approve certain operations, limiting money payments and their amounts, and terminating the use of certain sources—after having received the legal opinions. To that extent, it is clear that the candid legal advice received by the Service was instrumental to the way the Service conducted itself. It goes without saying that the Service, like any other government institution or official or, for that matter, any other private citizen, is always free to disregard legal advice but at its own peril.

[175] For all of the above reasons, we agree with the Attorney General that, absent a valid waiver, the solicitor-client privilege is subject to very few exceptions. If Parliament seeks to abrogate or curtail the privilege, it must do so in clear, precise and unequivocal language.

[176] One of the clearest exceptions to the privilege is where the communication between client and lawyer falls within the “future crimes and fraud exception”, that is, where a client seeks guidance from a lawyer in furtherance of a criminal purpose. Similarly, the privilege will not apply where the lawyer from whom the advice is sought is not contacted in his or her professional capacity: *Solosky*, at page 835.

[177] The *amici* attempted to make much of a further exception delineated by the Supreme Court in *Campbell and Shirose*. However, a careful examination of that case

droit dans l’administration publique présente un intérêt considérable pour le public [...]

[174] Selon la Cour, exiger d’un avocat qu’il demande au Service une renonciation au secret professionnel pour les avis juridiques obtenus sur la possible illégalité de ses activités de collecte, même dans ce que le juge Gleeson a présenté comme des « circonstances uniques », risque de dissuader le Service de demander des avis juridiques francs. Partant, la Cour estime qu’une telle exigence va à l’encontre du maintien de la primauté du droit dans le contexte des activités de renseignement. En fait, le procureur général soutient que le Service n’a tenté d’atténuer l’ampleur de la possible illégalité — refusant d’approuver certaines opérations, limitant le nombre et le montant des paiements et cessant de mettre à contribution certaines sources — qu’après avoir reçu les avis juridiques. Partant, il est manifeste que les avis juridiques francs qu’a reçus le Service ont eu une grande incidence sur son comportement. Il va sans dire que le Service, à l’instar de tout autre organisme ou représentant du gouvernement et, en fait, comme tout particulier, a toujours le loisir d’ignorer un avis juridique, à ses risques et périls.

[175] Pour l’ensemble des motifs susmentionnés, la Cour abonde dans le sens du procureur général : en l’absence d’une renonciation valide, le secret professionnel de l’avocat souffre très peu d’exceptions. S’il souhaite supprimer ce privilège ou en atténuer la portée, le législateur doit en exprimer l’intention clairement, précisément et sans équivoque.

[176] L’une des exceptions les plus claires au secret professionnel met en cause les communications entre l’avocat et son client qui concernent une fraude ou un crime envisagé, c’est-à-dire lorsque le client demande conseil à son avocat en vue de perpétrer un acte criminel. De la même manière, le privilège ne saurait s’appliquer lorsque l’avocat en question n’est pas consulté en sa qualité professionnelle (*Solosky*, à la page 835).

[177] Les *amici* ont tenté de tirer parti d’une autre exception définie par la Cour suprême dans l’arrêt *Campbell et Shirose*. Toutefois, un examen attentif de l’affaire ne

does not lend support to the *amici*'s thesis. At issue in that case was the legality of a “reverse sting” operation carried out by the police. Having been found guilty of conspiracy to traffic in cannabis resin and conspiracy to possess cannabis resin for that purpose, the appellants applied for a stay of proceedings; they argued that they had been sold the drug by RCMP undercover officers posing as large-scale hashish vendors, and that such an operation constituted illegal police conduct which shocks the conscience of the community and is contrary to the proper administration of justice.

[178] In opposing the motion for a stay, the Crown sought to establish that the police had acted in good faith, in the belief that the reverse sting operation was legal. To this end, the Crown questioned a police officer about his efforts to obtain advice as to the legality of the proposed operation and his reliance on that advice in proceeding with the operation. The appellants then sought access to the legal advice provided to the police by the Department of Justice on which the police claimed to have placed good faith reliance. The Crown objected to producing the advice on the basis that it was subject to solicitor-client privilege. The issue before the Supreme Court was thus whether, having put the police officer's good faith belief in the legality of the reverse sting operation in issue, the RCMP had waived the right to shelter the contents of that advice behind solicitor-client privilege. The Court concluded that the appellants were indeed entitled to disclosure of the legal advice provided to the RCMP with respect to the legality of the operation.

[179] In coming to this conclusion, the Supreme Court noted that our collective perception of police misconduct will vary depending on the knowledge the police had of the illegality of their conduct [*Campbell and Shirose* at paragraph 45]:

.... Superadded to the issue of illegal conduct is the possibility of a police operation planned and executed contrary to the advice (if this turns out to be true) of the Department of Justice. The suggestion is that the RCMP, after securing the relevant legal advice, nevertheless put itself above the law in its pursuit of the appellants. The community view of the police misconduct would, I think,

procure guère d'appui à leur thèse. La cause portait sur la légalité d'une opération policière de « vente surveillée ». Reconnus coupables de complot en vue de faire le trafic de résine de cannabis et de posséder de la résine de cannabis à cette fin, les appelants ont demandé l'arrêt des procédures, soutenant que la drogue leur avait été vendue par des agents d'infiltration de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) qui s'étaient fait passer pour des vendeurs de grandes quantités de hachich, et qu'une telle opération constituait une activité policière illégale qui choquait la conscience de la collectivité et portait préjudice à l'administration courante de la justice.

[178] S'opposant à la requête en arrêt des procédures, le ministère public a tenté d'établir que la police avait agi de bonne foi, convaincue de la légalité de l'opération de vente surveillée. À cette fin, le ministère public a interrogé un policier sur les efforts qu'il avait déployés pour obtenir un avis sur la légalité de l'opération envisagée et sur le fait qu'il s'était fié à cet avis pour aller de l'avant. Les appelants ont ensuite tenté d'avoir accès à l'avis juridique donné à la police par le ministère de la Justice, sur lequel elle a affirmé s'être fondée de bonne foi. Le ministère public a fait objection, soutenant que l'avis était protégé par le secret professionnel de l'avocat. Partant, la Cour suprême devait se prononcer sur la possibilité que la GRC, ayant fait valoir la croyance de bonne foi de l'agent dans la légalité de l'opération de vente surveillée, ait ainsi renoncé au droit d'abriter le contenu de cet avis derrière le secret professionnel de l'avocat. La Cour suprême a statué que les appelants avaient effectivement droit à ce que leur soit divulgué l'avis juridique donné à la GRC quant à la légalité de l'opération.

[179] Pour en arriver à cette conclusion, la Cour suprême a souligné que la connaissance qu'avait la police de l'illégalité d'une action aura une incidence sur la perception, par la collectivité, de l'inconduite policière [*Campbell et Shirose*, au paragraphe 45] :

[...] En plus de la question de la conduite illégale se pose la possibilité d'une opération policière planifiée et exécutée malgré l'avis contraire du ministère de la Justice (si la chose était avérée). Il est suggéré que la GRC, après avoir obtenu l'avis juridique pertinent, s'est néanmoins placée au-dessus de la loi pour poursuivre les appelants. Je crois que l'opinion de la collectivité sur l'inconduite policière



be influenced by knowing whether or not the police were told in advance by their legal advisers that the reverse sting was illegal ....

[180] The *amici* make much of this statement and argue that the Service's state of mind in carrying out the illegal activity that led to the information used in the warrant application is similarly crucial in determining the seriousness of that illegality and, ultimately, the admissibility of the evidence. We do not understand counsel for the Attorney General to dispute that if the Service was knowingly engaging in illegal activities, it could be considered more serious under the first prong of the revised *Grant No. 2* test than if its conduct was the result of an innocent mistake. Rather, the argument is that relevance alone is not sufficient to justify abrogating the solicitor-client privilege.

[181] In other words, the mere fact that knowledge by the Service of the illegal nature of its actions would be an important factor in assessing whether the evidence should be excluded does not give a right to access to the legal advice it may have received. Unless the Crown wants to argue that the illegality was not serious because the Service acted in good faith, relying on legal advice received, the confidentiality of that advice is protected by solicitor-client privilege and the Service's state of mind will have to be established by other means.

[182] Justice Binnie's reasons in *Campbell and Shirose* support the position taken by the Attorney General. It is clear that his order to disclose the legal advice received by the RCMP in that case was premised on the use made by the Crown of that advice to support the good faith of the RCMP officer involved in the reverse sting operation. In our view, the following excerpts leave no doubt in this respect [at paragraphs 46–48]:

.... Most importantly for present purposes is the fact that the Crown emphasized the good faith reliance of the police on legal advice....

...

serait également influencée par le fait que les conseillers juridiques de la police lui avaient signalé à l'avance ou non que la vente surveillée était illégale [...]

[180] Les *amici* font grand cas de cet énoncé et soutiennent que l'« état d'esprit » du Service, lorsqu'il a mené l'activité illégale ayant permis de recueillir les informations utilisées dans la demande de mandats, a également une importance cruciale pour ce qui est de déterminer la gravité de l'illégalité et, en fin de compte, l'admissibilité des éléments de preuve. La Cour ne comprend pas que l'avocat du procureur général conteste qu'eu égard au premier élément du critère révisé dans l'arrêt *Grant n° 2*, il serait considéré plus grave que le Service ait mené sciemment des activités illégales que les activités en question aient été le résultat d'une erreur de bonne foi. L'argument consiste plutôt à affirmer qu'en elle-même, la pertinence ne suffit pas à justifier la levée du secret professionnel de l'avocat.

[181] Autrement dit, le simple fait que la connaissance, par le Service, de la nature illégale de ses actions soit un facteur important pour déterminer si les éléments de preuve devraient être exclus ne donne pas un droit d'accès aux avis juridiques qu'il peut avoir reçus. À moins que le ministère public cherche à faire valoir que l'illégalité n'était pas grave parce que le Service avait agi de bonne foi en fonction d'un avis juridique, la confidentialité de l'avis en question est assurée par le secret professionnel de l'avocat, et l'« état d'esprit » du Service devra être établi par d'autres moyens.

[182] Les motifs du juge Binnie dans l'arrêt *Campbell et Shirose* abondent dans le sens du procureur général. Manifestement, pour ordonner la divulgation de l'avis juridique reçu par la GRC, le juge s'est fondé sur l'utilisation de cet avis par le ministère public en appui à la bonne foi de l'agent de la GRC impliqué dans l'opération de vente surveillée. La Cour est d'avis que les extraits suivants ne laissent place à aucun doute à cet égard [aux paragraphes 46 à 48] :

[...] Chose plus importante aux fins des présentes, le ministère public a insisté sur le fait que la police s'était fiée de bonne foi à l'avis juridique [...]

[...]

The RCMP's reliance on legal advice was thus invoked as part of its "good faith" argument. The privilege belonged to the client, and the RCMP joined with the Crown to put forward that position. While not explicitly stated in so many words, the plain implication sought to be conveyed to the appellants and to the courts was that the RCMP accepted the legal advice they were given by the Department of Justice and acted in accordance with it. The credibility of a highly experienced departmental lawyer was invoked to assist the RCMP position in the abuse of process proceedings.

.... A police force that chooses to operate outside the law is not the same thing as a police force that made an honest mistake on the basis of erroneous advice. We have no reason to think the RCMP ignored the advice it was given, but as the RCMP did make an issue of the legal advice it received in response to the stay applications, the appellants were entitled to have the bottom line of that advice corroborated.

It appears, therefore, that the only satisfactory way to resolve the issue of good faith is to order disclosure of the content of the relevant advice. This should be done (for the reasons to be discussed) on the basis of waiver by the RCMP of the solicitor-client privilege.... [Emphasis added.]

[183] Later on in his reasons, Justice Binnie returns to the waiver issue and clarifies that, had the RCMP officer only testified that he sought out the opinion of the Department of Justice to verify the correctness of his own understanding of the law, it would not have been sufficient to waive the privilege. However, the RCMP officer and the Crown went further, both orally and in writing, implying that the legal advice had assured the RCMP that the proposed reverse sting was legal [at paragraph 71]:

Cpl. Reynolds was not required to pledge his belief in the legality of the reverse sting operation .... Nor was it necessary for the RCMP to plead the existence of Mr. Leising's legal opinion as a factor weighing against the imposition of a stay of proceedings .... The RCMP and the Crown having done so, however, I do not think disclosure of the advice in question could fairly be withheld. [Emphasis added.]

[184] We acknowledge that in their affidavits, various senior officials and key decision makers of the Service

L'obtention par la GRC de l'avis juridique a donc été invoquée à l'appui de l'argument de la « bonne foi ». Le privilège appartenait au client et il est clair que la GRC s'est jointe au ministère public pour faire valoir cet argument. Bien que cela n'ait pas été exprimé dans ces termes, on cherchait à indiquer aux appelants et aux tribunaux que la GRC avait accepté l'avis juridique reçu du ministère de la Justice et qu'elle avait agi en conséquence. La crédibilité d'un avocat très expérimenté du Ministère était invoquée devant les tribunaux au soutien de la position de la GRC dans les procédures relatives à l'abus de procédure.

[...] Une force policière qui choisit d'agir hors la loi n'est pas la même chose qu'une force policière qui a commis une erreur de bonne foi fondée sur un avis erroné. Nous n'avons aucune raison de penser que la GRC a écarté l'avis reçu, mais, puisque cette dernière l'a invoqué en réponse à la demande d'arrêt des procédures, les appelants avaient droit à ce que la teneur de cet avis soit corroborée.

Il ressort donc que la seule façon de régler la question de la bonne foi est d'ordonner la divulgation du contenu de l'avis pertinent. Cela doit être fait pour les raisons qui seront expliquées plus loin, au motif de la renonciation par la GRC au secret professionnel de l'avocat [...] [Non souligné dans l'original.]

[183] Plus loin, le juge Binnie revient sur la question de la renonciation. Il précise que, si l'agent de la GRC s'était contenté d'affirmer qu'il avait demandé l'avis du ministère de la Justice pour s'assurer que sa propre interprétation de la loi était correcte, cela n'aurait pas été suffisant pour justifier la levée du secret professionnel. Cependant, l'agent de la GRC et le ministère public n'en sont pas restés là : oralement et par écrit, ils ont laissé entendre que l'avis juridique avait assuré à la GRC que l'opération proposée de vente surveillée était légale [au paragraphe 71] :

Il n'était pas nécessaire que le capl. Reynolds affirme qu'il croyait légale l'opération de vente surveillée [...] Il n'était pas non plus nécessaire que la GRC invoque l'existence de l'avis juridique de M. Leising comme argument contre l'imposition de l'arrêt des procédures [...] La GRC et le ministère public ayant toutefois agi de la sorte, je ne pense pas qu'il serait équitable d'empêcher la divulgation de l'avis en cause. [Non souligné dans l'original.]

[184] La Cour reconnaît que, dans leurs affidavits, divers représentants haut placés et décideurs principaux du

testified that they believed they could potentially rely on Crown immunity to proceed with operations labelled as “high risk”. In other words, they subjectively believed that there was no clear, definitive view that such activities were illegal. They also stated that they were waiting for a final opinion on the subject. Critically, however, the Service’s witnesses never said that they acted in good faith, in reliance on legal advice to approve the illegal operations, as was the case with the RCMP officer and counsel in *Campbell and Shirose*.

[185] It is no doubt true, as submitted by the *amici*, that an institution’s attitude to illegality can be a most relevant factor in assessing harm to the rule of law. In *Campbell and Shirose*, the Supreme Court recognized that a legal opinion pronouncing the reverse sting operation unlawful would have a different impact in the weighing of community values than an opinion confirming its validity. As the Court stated: “[p]olice illegality of any description is a serious matter. Police illegality that is planned and approved within the RCMP hierarchy and implemented in defiance of legal advice would, if established, suggest a potential systemic problem concerning police accountability and control” (*Campbell and Shirose*, at paragraph 73). This statement, however, cannot be divorced from the context in which it was made. It is clear from the few sentences immediately following that the disclosure of the relevant legal advice will not be ordered in every instance where the Court may find it useful to assess the attitude of the police officer or the RCMP towards potential unlawfulness. Responding to the [Ontario] Court of Appeal’s approach that disclosure was not necessary since it was sufficient to “assume the worst” in the event the privilege was asserted, Justice Binnie once again clearly linked the duty to disclose with the good faith reliance placed on the legal advice by the RCMP [at paragraph 73]:

....The RCMP position, on the other hand, that the Department of Justice lent its support to an illegal venture may, depending on the circumstances, raise a different but still serious dimension to the abuse of process proceeding. In either case, it is difficult to assume “the worst” if

Service ont affirmé croire qu’ils pouvaient éventuellement invoquer l’immunité de l’État pour aller de l’avant avec des opérations qui comportaient des « risques élevés ». Autrement dit, ils croyaient subjectivement qu’il n’existait aucune conclusion claire et définitive quant à l’illégalité de telles activités. Ils ont en outre soutenu qu’ils attendaient un avis définitif sur le sujet. Il est toutefois essentiel de souligner que les témoins du Service n’ont jamais affirmé avoir approuvé de bonne foi les opérations illégales en fonction des avis juridiques, comme cela a été le cas pour l’agent et de l’avocat de la GRC dans l’arrêt *Campbell et Shirose*.

[185] Il ne fait aucun doute, comme l’ont avancé les *amici*, que l’attitude d’une institution eu égard à l’illégalité peut être un facteur très important quant à l’évaluation de l’atteinte à la primauté du droit. Dans l’arrêt *Campbell et Shirose*, la Cour suprême a reconnu qu’un avis juridique concluant à l’illégalité de l’opération de vente surveillée n’aurait pas la même incidence, sous l’angle des valeurs collectives, qu’un avis en confirmant la validité. Comme l’a affirmé la Cour suprême : « Une illégalité de quelque sorte commise par la police est une affaire grave. Une illégalité policière planifiée et approuvée par la hiérarchie de la GRC et mise en œuvre en dépit d’un avis juridique contraire pourrait indiquer, si cela était établi, un problème systémique potentiel en matière de responsabilisation et de contrôle de la police » (*Campbell et Shirose*, au paragraphe 73). Cependant, il ne peut être fait abstraction du contexte entourant l’énoncé. Selon les quelques phrases suivantes, il est manifeste que la Cour suprême n’ordonnera pas la divulgation de l’avis juridique pertinent dans toute instance où elle pourrait juger utile d’évaluer l’attitude du policier ou de la GRC quant à une possible illégalité. En réponse à la Cour d’appel [de l’Ontario], selon laquelle la divulgation n’était pas nécessaire puisqu’il suffisait de présumer « le pire » s’il y avait revendication du privilège, le juge Binnie a réitéré clairement le lien entre, d’une part, l’obligation de communiquer et, d’autre part, la croyance de bonne foi de la GRC fondée sur l’avis juridique [au paragraphe 73] :

[...] La position de la GRC, par ailleurs, selon laquelle le ministère de la Justice a apporté son appui à une entreprise illégale pourrait, selon les circonstances, faire jouer une dimension différente, et cependant grave elle aussi, en matière d’abus de procédure. Dans les deux cas, il est

neither alternative has been explored to determine what “the worst” is. Because the RCMP made a live issue of the legal advice it received from the Department of Justice, the appellants were and are entitled to get to the bottom of it. [Emphasis added.]

[186] Finally, it is interesting to note that Justice Binnie was careful to tailor his disclosure order to capture only the specific advice relating to three matters identified by the RCMP officer in his submission. He added that it was not “an ‘open file’ order in respect of the RCMP’s solicitor and client communications” (at paragraph 74). This is consistent with the near-absolute character of the privilege, and with the exceptional nature of its limitation.

[187] On the basis of the foregoing analysis, we are unable to agree with the *amici* that the Service should be deemed to have voluntarily waived the solicitor-client privilege merely by relying upon illegally gathered evidence in support of its warrant application. Nor do we agree with the proposition that the decision below does not involve an abrogation of the privilege because the Service always has a choice either not to use the illegally obtained evidence or to disclose the legal advice should it wish to use it. Such a proposition would bring to naught the privilege and, for all intents and purposes, deprive the Service of the protection of its solicitor-client communications. Again, this is not to say that the seriousness of the illegality committed by the Service, its senior officers, its employees and its sources is of no relevance in coming to grips with the admissibility of the information derived from such illegality in a warrant application; but unless the Service relies, explicitly or implicitly, on legal advice it had received to mitigate the seriousness of that illegality, it is entitled to rely on solicitor-client privilege and to resist the disclosure of legal advice.

[188] We think it is worth emphasizing, in closing, that the damage to the rule of law could be much worse if the Service was routinely required to disclose its legal advice rather than being allowed to rely on the privilege and to resist any attempt to access that advice. The Service, like

difficile de présumer « le pire » si ni l’une ni l’autre de ces possibilités n’a été examinée pour déterminer ce que serait « le pire ». La GRC ayant invoqué l’avis juridique reçu du ministère de la Justice dans le cadre du litige, les appelants avaient et ont le droit d’aller au fond de la question. [Non souligné dans l’original.]

[186] Enfin, soulignons que le juge Binnie a soigneusement formulé son ordonnance de divulgation pour qu’elle ne concerne que l’avis touchant à trois éléments relevés par l’agent de la GRC dans ses observations. « Il ne s’agit pas d’une ordonnance de divulgation totale des communications avocat-client de la GRC », a-t-il ajouté (au paragraphe 74). Cela correspond au caractère quasi absolu du secret professionnel de l’avocat et à la nature exceptionnelle de ses limites.

[187] Compte tenu de l’analyse qui précède, la Cour ne saurait convenir avec les *amici* que le Service devrait être réputé avoir renoncé volontairement au secret professionnel de l’avocat en raison du simple fait d’avoir utilisé des éléments de preuve recueillis illégalement en appui à sa demande de mandats. La Cour n’est pas non plus d’accord avec la proposition selon laquelle la décision ci-dessous n’implique pas la levée du secret professionnel de l’avocat parce que le Service a toujours le choix de ne pas utiliser les éléments de preuve obtenus illégalement ou, s’il décide de le faire, de communiquer l’avis juridique. Une telle proposition réduirait à néant le secret professionnel de l’avocat et, en pratique, priverait de protection les communications du Service avec ses avocats. La Cour réitère qu’il ne s’agit pas d’affirmer que la gravité des actes illégaux commis par le Service, ses cadres supérieurs, ses employés et ses sources n’a aucune pertinence en ce qui a trait à l’admissibilité des informations découlant de tels actes pour une demande de mandats. Toutefois, à moins qu’il ne se fonde explicitement ou implicitement sur un avis juridique qu’il a reçu afin d’atténuer la gravité de l’acte illégal, le Service peut se prévaloir du secret professionnel de l’avocat et s’opposer à la communication des avis juridiques.

[188] En conclusion, la Cour estime qu’il est judicieux de souligner qu’il pourrait être bien plus dommageable, pour la primauté du droit, que le Service soit régulièrement tenu de communiquer les avis juridiques qu’il reçoit plutôt que de pouvoir se prévaloir du secret

any other government institution or official, must be able to seek frank legal advice before embarking on any investigative operation that is often of the most sensitive nature. If the Service could not rely on the privileged nature of legal opinions, it might be tempted to dispense with such advice, inviting all the attendant risks of such an attitude. The only constraints on its activities (at least from a legal perspective), would then be the distant possibility of indirect adverse consequences in those rare instances where an investigation led to criminal prosecution, and the criticism it could be exposed to in the annual reports of the National Security and Intelligence Review Agency or in parliamentary committees. These *ex post facto* mechanisms are obviously a far cry from the provision of legal advice prior to the conduct of any intelligence-gathering activity and covert operation. Indeed, the evidence in this file is that measures were taken to mitigate the extent of the potential legal risks identified by lawyers. Whether the Service should have exercised more caution or should have dropped some operations altogether, are not matters for the Court. In the absence of clear and authoritative jurisprudence squarely addressing whether these activities were in fact unlawful, the Service was entitled to come to its own decision and to balance the legal risks with other pressing objectives.

[189] In the absence of the kind of exceptional circumstances discussed in these reasons, courts should not be able to peek behind the veil of solicitor-client privilege to assess the Service's state of mind in conducting its operations, even if it would be relevant to the determination to be made (in this case, the admissibility of illegally obtained evidence in a warrant application). This is not to say, as mentioned earlier, that the Service's state of mind is to be left out of the equation and should not be considered in assessing the seriousness of the illegality; only that it should be evaluated without relying on legal advice, admittedly on the basis of other, more indirect evidence. This is the price to pay to uphold solicitor-client

professionnel de l'avocat et s'opposer à toute tentative de consulter ces avis. À l'instar de tout organisme ou représentant du gouvernement, le Service doit être en mesure de demander un avis juridique franc avant de se lancer dans une opération d'enquête qui, la plupart du temps, est de nature très sensible. S'il ne pouvait pas compter sur la protection dont jouissent par nature les avis juridiques, le Service pourrait être tenté de ne pas demander de tels conseils, avec tous les risques qu'une telle attitude comporte. Partant, les seules contraintes (du moins, sur le plan juridique) imposées à ses activités seraient la vague possibilité de conséquences défavorables et indirectes dans les rares cas où une enquête mènerait à des poursuites criminelles, ainsi que les critiques dont il pourrait faire l'objet dans les rapports annuels de l'Office de surveillance des activités en matière de sécurité et de renseignement ou en comités parlementaires. Ces mécanismes *a posteriori* n'ont, de toute évidence, aucune commune mesure avec l'obtention d'un avis juridique avant la réalisation de toute activité de collecte de renseignements ou opération cachée. En fait, selon la preuve en l'espèce, des mesures ont été prises pour atténuer les risques juridiques relevés par les avocats. La Cour n'a pas à se prononcer sur la possibilité que le Service ait pu faire preuve de plus de circonspection ou annuler purement et simplement certaines opérations. En l'absence de jurisprudence claire et faisant autorité qui porterait expressément sur le caractère illégal de ces activités, le Service pouvait tirer ses propres conclusions et mettre en balance, d'une part, les risques juridiques et, d'autre part, d'autres objectifs urgents.

[189] En l'absence de circonstances exceptionnelles comparables à celles dont il est question dans les présents motifs, un tribunal ne devrait pas pouvoir soulever le voile du secret professionnel de l'avocat pour évaluer dans quel « état d'esprit » le Service mène ses opérations, même si cela lui serait utile pour se prononcer (en l'espèce, sur l'admissibilité, dans une demande de mandats, d'éléments de preuve obtenus illégalement). Par contre, comme il en a été question plus haut, cela ne signifie pas qu'il y a lieu d'ignorer l'« état d'esprit » du Service pour ce qui est de déterminer la gravité de l'acte illégal, mais seulement qu'il est nécessaire l'évaluer sans se fonder sur des avis juridiques, mais, il est vrai, en fonction d'autres

privilege, which is itself of critical importance for a society living by the rule of law.

[190] The fact that in this particular case, solicitor-client privilege was eventually waived by the Service is of no import for our conclusion and is irrelevant to the narrow issue to be decided, i.e. whether counsel breached its duty of candour by not proactively seeking a waiver.

[191] Moreover, one cannot infer from the Service's decision to waive privilege in this particular file, for whatever reason, an obligation to do the same in any future file of a similar nature. Nor does the fact that the Service chose to waive the privilege in this case lead to a general proposition that counsel who intends to rely on illegally obtained evidence on a warrant obligation must seek a waiver of the privilege prior to appearing before the [Federal] Court so as to be able to disclose legal advice pertaining to the legality of the operations leading to the obtaining of that evidence. Indeed, it is clear that the Service forcefully disputed the compellability of such legal advice, and decided to disclose it in the case at bar before any argument was made as to what the test should be regarding the admissibility of illegally obtained evidence on a warrant application. As a result, the waiver in this case is clearly not meant to be a statement of principle for the future.

#### IV. Conclusion

[192] For all of the above reasons, we are of the view that the appeal should be granted, and that the first paragraph of the judgment found at page 123 of the judgment and reasons dated May 15, 2020, should be set aside.

LASKIN J.A.: I agree.

éléments de preuve plus indirects. C'est le prix à payer pour maintenir le secret professionnel de l'avocat, en lui-même un élément essentiel d'une société qui repose sur la primauté du droit.

[190] Le fait que le Service ait fini par renoncer au secret professionnel de l'avocat dans ce dossier n'a pas d'incidence sur la conclusion de la Cour ni sur la question bien délimitée qu'elle doit trancher, c'est-à-dire la possibilité que l'avocat ait manqué à son obligation de franchise en ne demandant pas la renonciation de façon proactive.

[191] En outre, la décision du Service de renoncer au secret professionnel de l'avocat dans ce dossier ne saurait permettre de conclure, pour quelque raison que ce soit, qu'il sera tenu de faire de même dans un autre dossier de nature similaire, pas plus qu'il ne saurait être question d'en dégager une proposition générale voulant que l'avocat qui entend fonder une demande de mandats sur des éléments de preuve obtenus illégalement doive demander une renonciation au secret professionnel avant de se présenter devant la Cour fédérale afin d'être en mesure de communiquer les avis juridiques portant sur la légalité des opérations permettant d'obtenir ces éléments de preuve. En fait, il est manifeste que le Service a contesté avec vigueur la contraignabilité d'un tel avis juridique et a décidé de le communiquer en l'espèce avant que soit présenté tout argument relatif au critère applicable à l'admissibilité des éléments de preuve obtenus illégalement dans une demande de mandats. Partant, en l'espèce, la renonciation ne se veut manifestement pas une déclaration de principe pour l'avenir.

#### IV. Conclusion

[192] Pour tous les motifs susmentionnés, la Cour est d'avis que l'appel doit être accueilli et que le premier paragraphe du jugement, qui se trouve à la page 132 du jugement et des motifs du 15 mai 2020, soit annulé.

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

A-440-19  
2021 FCA 100

A-440-19  
2021 CAF 100

**TekSavvy Solutions Inc.** (*Appellant*)

**TekSavvy Solutions Inc.** (*appelante*)

v.

c.

**Bell Media Inc., Groupe TVA Inc., Rogers Media Inc., John Doe 1 dba goldtv.biz, John Doe 2 dba goldtv.ca, Bell Canada, Bragg Communications Inc. dba Eastlink, Cogeco Connexion Inc., Distributel Communications Limited, Fido Solutions Inc., Rogers Communications Canada Inc., Saskatchewan Telecommunications Holding Corporation, Shaw Communications Inc., TELUS Communications Inc. and Videotron Ltd.** (*Respondents*)

**Bell Média Inc., Groupe TVA Inc., Rogers Media Inc., Untel 1 faisant affaire sous le nom de goldtv.biz, Untel 2 faisant affaire sous le nom de goldtv.ca, Bell Canada, Bragg Communications Inc. faisant affaire sous le nom d'Eastlink, Cogeco Connexion Inc., Distributel Communications Limitée, Fido Solutions Inc., Rogers Communications Canada Inc., Saskatchewan Telecommunications Holding Corporation, Shaw Communications Inc., TELUS Communications Inc. et Vidéotron Ltée.** (*intimés*)

and

et

**Canadian Internet Registration Authority, the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy & Public Interest Clinic, Fédération internationale des associations de producteurs de films-FIAPF, Canadian Music Publishers Association, International Confederation of Music Publishers, Music Canada, International Federation of the Phonographic Industry, International Publishers Association, International Association of Scientific, Technical and Medical Publishers, American Association of Publishers, The Publishers Association Limited, Canadian Publishers' Council, Association of Canadian Publishers, The Football Association Premier League Limited, DAZN Limited and the British Columbia Civil Liberties Association** (*Intervenors*)

**Autorité canadienne pour les enregistrements Internet, Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada Samuelson-Glushko, Fédération internationale des associations de producteurs de films-FIAPF, Association canadienne des éditeurs de musique, Confédération internationale des éditeurs de musique, Music Canada, Fédération internationale de l'industrie phonographique, Union internationale des éditeurs, Groupement international des éditeurs scientifiques, techniques et médicaux, American Association of Publishers, The Publishers Association Limited, Canadian Publishers' Council, Association of Canadian Publishers, The Football Association Premier League Limited, DAZN Limited et British Columbia Civil Liberties Association** (*intervenants*)

**INDEXED AS: TEKSAVVY SOLUTIONS INC. v. BELL MEDIA INC.**

**RÉPERTORIÉ : TEKSAVVY SOLUTIONS INC. c. BELL MÉDIA INC.**

Federal Court of Appeal, Nadon, Locke and LeBlanc J.J.A.—By videoconference, March 24 and 25; Ottawa, May 26, 2021.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Locke et LeBlanc, J.C.A.—Par vidéoconférence, 24 et 25 mars; Ottawa, 26 mai 2021.

*Copyright — Appeal from Federal Court interlocutory order in copyright infringement action requiring several Canadian Internet service providers (ISPs), including appellant, to block access to certain websites by their customers — Such*

*Droit d'auteur — Appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance interlocutoire rendue par la Cour fédérale dans une action en violation de droit d'auteur, laquelle ordonnance enjoignait à plusieurs fournisseurs d'accès Internet (FAI)*

practice known as site-blocking order — Defendants accused of copyright infringement in action are two unidentified persons responsible for businesses operating as goldtv.biz, goldtv.ca (Target Websites), which operate unauthorized subscription services that provide access to programming content over Internet (GoldTV Services) — Aim of Order to impede access to GoldTV Services by named ISPs' customers — Action commenced in 2018 by three respondents (Bell Media Inc., Groupe TVA Inc. and Rogers Media Inc. (plaintiffs)) who are Canadian broadcasters — Plaintiffs filed ex parte motion for interim injunction ordering that GoldTV Services be immediately disabled — Federal Court granted motion, issued interim injunction — Plaintiffs' motion also sought interlocutory injunction, to replace interim injunction, with aim of keeping GoldTV Services disabled until final determination of action on merits — Interlocutory injunction granted — Meanwhile, plaintiffs filed separate motion requesting that ISPs named in motion be ordered to block access by residential wire-line Internet service customers to Target Websites — Such motion leading to Order under appeal herein — Appellant opposing such motion — Respondents plaintiffs, defendants in underlying copyright infringement action, as well as ISPs subject to Order — Whether Federal Court had power to grant site-blocking order; if so, whether freedom of expression engaged; whether Order just, equitable — On basis of Federal Courts Rules, rr. 4, 44, Copyright Act, s. 34(1), given absence of legal obstacles, Federal Court correct in finding having power to grant Order — Nothing in Copyright Act, ss. 41.25-41.27 suggesting intention to deny copyright owners benefit of site-blocking order, nothing in such order conflicting with these provisions — No doubt that GoldTV Services infringed plaintiffs' copyright or that interim, interlocutory injunctions against infringers directly not respected — Accordingly, difficult to doubt that remedies contemplated in Copyright Act, s. 34(1) worthy of consideration — Thus, possible remedies contemplated in Copyright Act, s. 34(1) included site-blocking order — Also, general wording of Telecommunications Act, s. 36 not displacing Federal Court's equitable powers of injunction, including power to impose site-blocking order — Regarding freedom of expression under Canadian Charter of Rights and Freedoms, not necessary to decide whether Charter engaged herein; whether freedom of expression infringed — In considering issue of freedom of expression in context of particular equitable remedy, not necessary for Judge to engage in detailed Charter rights analysis separate, distinct from balance of convenience analysis that had to be considered — Order just, equitable — Judge's finding that plaintiffs had strong prima facie case sound, no basis to doubt plaintiffs' case for copyright infringement by defendants — As to irreparable harm, Judge's finding entirely appropriate — With respect to balance of convenience, Judge not erring by fettering discretion, distorting his analysis by relying on factors gleaned from series of decisions in U.K. case — Entirely appropriate for Judge to look abroad for inspiration when faced with motion

canadiens, notamment l'appelante, de bloquer l'accès de leurs clients à certains sites Web — Ce genre de pratique est connue sous le nom d'ordonnance de blocage de sites — Les défendeurs qui sont accusés de la violation de droit d'auteur dans l'action sont deux personnes non identifiées, responsables d'entreprises faisant affaire sous le nom de goldtv.biz et de goldtv.ca (les sites visés), qui offrent des services d'abonnement non autorisés donnant accès à des émissions sur Internet (les services de GoldTV) — L'ordonnance était destinée à empêcher les clients des FAI nommés d'avoir accès aux services de GoldTV — L'action a été intentée en 2018 par trois des intimés (Bell Média Inc., le Groupe TVA Inc. et Rogers Media Inc. (les demandeurs)), qui sont des diffuseurs canadiens — Les demandeurs ont déposé une requête ex parte en injonction provisoire ordonnant l'inactivation immédiate des services de GoldTV — Cette requête a été accueillie par la Cour fédérale et l'injonction provisoire a été prononcée — Dans leur requête, les demandeurs sollicitaient aussi une injonction interlocutoire qui remplacerait l'injonction provisoire, dans le but que les services de GoldTV demeurent désactivés jusqu'à ce que l'action soit tranchée définitivement sur le fond — Une injonction interlocutoire a été rendue — Pendant ce temps, les demandeurs ont déposé une requête distincte dans laquelle ils demandaient qu'il soit enjoint aux FAI nommés dans la requête de bloquer l'accès aux sites Web visés pour leurs clients abonnés aux services Internet terrestres résidentiels — C'est cette requête qui a donné lieu à l'ordonnance faisant l'objet du présent appel — L'appelante s'est opposée à la requête — Les intimés sont les demandeurs et les défendeurs dans l'action sous-jacente en violation de droit d'auteur, ainsi que les FAI qui sont assujettis à l'ordonnance — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale avait le pouvoir de rendre une ordonnance de blocage de sites et, le cas échéant, si la liberté d'expression était pertinente, et de savoir si l'ordonnance était juste et équitable — Sur le fondement des règles 4 et 44 des Règles des Cours fédérales et de l'art. 34(1) de la Loi sur le droit d'auteur et étant donné l'absence d'obstacles juridiques, la Cour fédérale a conclu à juste titre qu'elle avait le pouvoir d'accorder l'ordonnance — Rien dans les art. 41.25 à 41.27 de la Loi sur le droit d'auteur ne révèle l'intention de refuser aux titulaires d'un droit d'auteur l'avantage des ordonnances de blocage de sites, et rien dans ce type d'ordonnance n'est contraire à ces dispositions — Il n'y avait aucun doute que les services de GoldTV ont violé les droits d'auteur des demandeurs ou que les injonctions provisoires et interlocutoires rendues directement contre les personnes ayant violé leurs droits n'ont pas été respectées — Par conséquent, il était difficile de douter que les recours prévus à l'art. 34(1) de la Loi sur le droit d'auteur méritaient d'être pris en considération — Donc, les recours potentiels prévus à l'art. 34(1) de la Loi sur le droit d'auteur incluaient les ordonnances de blocage de sites — De plus, le libellé général de l'art. 36 de la Loi sur les télécommunications ne l'emporte pas sur les pouvoirs en equity de la Cour fédérale lui permettant d'accorder des injonctions, y compris



*for order that was unprecedented in Canada — Also open to Judge to consider necessity under irreparable harm rather than balance of convenience — Finally, Judge not making palpable, overriding error in considering evidence of plaintiffs' efforts to find defendants, by finding such efforts sufficient to justify issuing Order — Appeal dismissed.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Freedom of expression — Federal Court granting interlocutory order in copyright infringement action requiring several Canadian Internet service providers (ISPs), including appellant, to block access to certain websites by their customers — Defendants accused of copyright infringement in action are two unidentified persons responsible for businesses operating as goldtv.biz, goldtv.ca, which operate unauthorized subscription services that provide access to programming content over Internet (GoldTV Services) — Aim of Order to impede access to GoldTV Services by named ISPs' customers — Whether freedom of expression engaged herein — Appellant argued that Order in question affecting freedom of expression of ISPs required to block certain websites, of their customers who would otherwise have access to those websites — Appellant's argument that ISPs like appellant engaging in any expressive activity when they provide their customers with access to certain websites rejected — Everyday activities of ISPs not expressive; therefore not engaging freedom of expression — Appellant's customers could have expressive interest implicated by Order — Not necessary herein to decide whether Charter engaged; if so, whether freedom of expression infringed — In considering issue of freedom of expression in*

*le pouvoir de rendre une ordonnance de blocage de sites — En ce qui concerne la liberté d'expression garantie par la Charte canadienne des droits et libertés, il n'était pas nécessaire de décider si la Charte jouait et, le cas échéant, s'il y a eu atteinte à la liberté d'expression — Il n'était pas nécessaire que le juge, lorsqu'il a examiné la question de la liberté d'expression dans le contexte d'un recours précis en equity, procède à une analyse détaillée des droits garantis par la Charte distincte de l'analyse de la prépondérance des inconvénients à laquelle il fallait procéder — L'ordonnance était juste et équitable — La conclusion du juge selon laquelle les demandeurs avaient démontré à première vue l'existence d'une preuve solide était bien fondée, et il n'y avait aucune raison de douter que les demandeurs pouvaient prouver que les défendeurs violaient leur droit d'auteur — En ce qui concerne le préjudice irréparable, la conclusion du juge était tout à fait appropriée — En ce qui concerne la prépondérance des inconvénients, le juge n'a pas commis d'erreur en entravant son pouvoir discrétionnaire et en faussant son analyse en se fondant sur des facteurs tirés d'une série d'arrêts du Royaume-Uni — Il était tout à fait approprié que le juge s'inspire de la jurisprudence étrangère, puisqu'il était saisi d'une requête en ordonnance qui était sans précédent au Canada — Il était aussi loisible au juge d'examiner la nécessité au regard du préjudice irréparable plutôt qu'au regard de la prépondérance des inconvénients — Enfin, le juge n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en examinant les éléments de preuve montrant les efforts des demandeurs pour identifier les défendeurs et en concluant qu'ils étaient suffisants pour justifier que l'ordonnance soit rendue — Appel rejeté.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Liberté d'expression — La Cour fédérale a rendu une ordonnance interlocutoire dans une action en violation de droit d'auteur, laquelle ordonnance enjoignait à plusieurs fournisseurs d'accès Internet (FAI) canadiens, notamment l'appelante, de bloquer l'accès de leurs clients à certains sites Web — Les défendeurs qui sont accusés de la violation de droit d'auteur dans l'action sont deux personnes non identifiées, responsables d'entreprises faisant affaire sous le nom de goldtv.biz et de goldtv.ca, qui offrent des services d'abonnement non autorisés donnant accès à des émissions sur Internet (les services de GoldTV) — L'ordonnance était destinée à empêcher les clients des FAI nommés d'avoir accès aux services de GoldTV — Il s'agissait de savoir si la liberté d'expression était pertinente dans la présente affaire — L'appelante a soutenu que l'ordonnance avait une incidence sur la liberté d'expression des FAI qui sont obligés de bloquer certains sites Web et de leurs clients qui sinon auraient accès à ces sites Web — L'argument de l'appelante selon lequel des FAI comme l'appelante se livrent à une activité expressive lorsqu'ils fournissent à leurs clients l'accès à certains sites Web n'a pas été retenu — Les activités quotidiennes des FAI ne sont pas expressives et, par conséquent, elles ne font pas jouer la liberté*

context of particular equitable remedy, not necessary for Judge to engage in detailed Charter rights analysis separate, distinct from balance of convenience analysis that had to be considered — While Judge's analysis of freedom of expression issue brief, analysis thereon not inadequate.

*Injunctions* — Federal Court granting interlocutory order in copyright infringement action requiring several Canadian Internet service providers (ISPs), including appellant, to block access to certain websites by their customers — Defendants accused of copyright infringement in action are two unidentified persons responsible for businesses operating as goldtv.biz, goldtv.ca, which operate unauthorized subscription services that provide access to programming content over Internet (GoldTV Services) — Aim of Order to impede access to GoldTV Services by named ISPs' customers — Whether order just, equitable — For first prong of analysis on whether to issue injunction in present case, Judge should have considered threshold of strong prima facie case rather than lower threshold of serious issue to be tried — Clear that Judge would have found that this part of test met even at higher threshold since he stated explicitly in decision that evidence disclosed strong prima facie case of copyright infringement by defendants — Judge's finding that plaintiffs had strong prima facie case was sound; no basis to doubt plaintiffs' case for copyright infringement by defendants — While Judge referred to findings of irreparable harm by other judges in context of motions for interim, interlocutory injunctions for conclusion irreparable harm shown, no error in doing so in process of indicating his agreement with those findings after considering evidence before him — With respect to balance of convenience, Judge not erring by fettering discretion, distorting his analysis by relying on factors gleaned from series of decisions in U.K. case — Entirely appropriate for Judge to look abroad for inspiration when faced with motion for order that was unprecedented in Canada — Also open to Judge to consider necessity under irreparable harm rather than balance of convenience — Finally, Judge not making palpable, overriding error in considering evidence of plaintiffs' efforts to find defendants, by finding such efforts sufficient to justify issuing Order.

*d'expression* — L'ordonnance pourrait toucher les intérêts de nature expressive des clients de l'appelante — Il n'était pas nécessaire de décider si la Charte jouait et, le cas échéant, s'il y a eu atteinte à la liberté d'expression — Il n'était pas nécessaire que le juge, lorsqu'il a examiné la question de la liberté d'expression dans le contexte d'un recours précis en equity, procède à une analyse détaillée des droits garantis par la Charte distincte de l'analyse de la prépondérance des inconvénients à laquelle il fallait procéder — Bien qu'elle ait été brève, l'analyse du juge sur la question de la liberté d'expression n'était pas insuffisante.

*Injonctions* — La Cour fédérale a rendu une ordonnance interlocutoire dans une action en violation de droit d'auteur, laquelle ordonnance enjoignait à plusieurs fournisseurs d'accès Internet (FAI) canadiens, notamment l'appelante, de bloquer l'accès de leurs clients à certains sites Web — Les défendeurs qui sont accusés de la violation de droit d'auteur dans l'action sont deux personnes non identifiées, responsables d'entreprises faisant affaire sous le nom de goldtv.biz et de goldtv.ca, qui offrent des services d'abonnement non autorisés donnant accès à des émissions sur Internet (les services de GoldTV) — L'ordonnance était destinée à empêcher les clients des FAI nommés d'avoir accès aux services de GoldTV — Il s'agissait de savoir si l'ordonnance était juste et équitable — Pour le premier volet de son analyse de la question de savoir s'il y avait lieu de prononcer une injonction dans la présente affaire, le juge aurait dû appliquer le seuil de la forte apparence de droit plutôt que le seuil moins exigeant de la question sérieuse à trancher — De toute évidence, le juge aurait conclu qu'il était satisfait à cette partie du critère même s'il avait appliqué le seuil plus exigeant, étant donné qu'il a déclaré explicitement dans sa décision qu'il existait à première vue une preuve solide qu'il y avait violation du droit d'auteur par les défendeurs — La conclusion du juge selon laquelle les demandeurs avaient démontré à première vue l'existence d'une preuve solide était bien fondée, et il n'y avait aucune raison de douter que les demandeurs pouvaient prouver que les défendeurs violaient leur droit d'auteur — Il est vrai que le juge a renvoyé aux conclusions de préjudice irréparable tirées par d'autres juges dans les requêtes en injonction provisoire et interlocutoire pour conclure que l'existence d'un préjudice irréparable avait été démontrée, mais ce n'était pas une erreur pour le juge d'affirmer souscrire à ces conclusions après avoir examiné les éléments de preuve dont il disposait — En ce qui concerne la prépondérance des inconvénients, le juge n'a pas commis d'erreur en entravant son pouvoir discrétionnaire et en faussant son analyse en se fondant sur des facteurs tirés d'une série d'arrêts du Royaume-Uni — Il était tout à fait approprié que le juge s'inspire de la jurisprudence étrangère, puisqu'il était saisi d'une requête en ordonnance qui était sans précédent au Canada — Il était aussi loisible au juge d'examiner la nécessité au regard du préjudice irréparable plutôt qu'au regard de la prépondérance des inconvénients — Enfin,

This was an appeal from a Federal Court interlocutory order, unprecedented in Canada, in a copyright infringement action requiring a number of Canadian Internet service providers (ISPs), including the appellant, to block access to certain websites by their customers. This is known as a site-blocking order. The Order was notable because the ISPs to whom it applied were not defendants in the action and were not accused of any wrongdoing. The defendants who are accused of copyright infringement in the action are two unidentified persons responsible for businesses operating as *goldtv.biz* and *goldtv.ca* (the Target Websites), which operate unauthorized subscription services that provide access to programming content over the Internet (the GoldTV Services). The aim of the Order was to impede access to the GoldTV Services by the named ISPs' customers. The action was commenced in 2018 by three of the respondents—Bell Media Inc., Groupe TVA Inc. and Rogers Media Inc. (the plaintiffs)—who are Canadian broadcasters. The statement of claim alleged that the infringing GoldTV Services began at least as early as July 2017. On the same day as the action was commenced, the plaintiffs filed an *ex parte* motion for an interim injunction ordering that the GoldTV Services be immediately disabled. The Federal Court granted this motion and the interim injunction was issued in July 2019 for a period of not more than 14 days. The plaintiffs' motion also sought an interlocutory injunction, to replace the interim injunction, with the aim of keeping the GoldTV Services disabled until final determination of the action on the merits. The interlocutory injunction was granted in August 2019. The defendants never filed a defence in the action nor did they participate otherwise in the action. Later, after the interim injunction was issued and while the motion for interlocutory injunction was pending, the plaintiffs filed a separate motion requesting that the ISPs named in the motion be ordered to block access by at least their residential wireline Internet service customers to the Target Websites. The plaintiffs cited the failure of the defendants to comply with the interim injunction order despite service thereof on them in the manner permitted by the Court. They also cited their inability to identify the defendants. This was the motion that led to the Order of November 2019 under appeal herein. The appellant opposed the motion on the basis that the subject matter of the order, site-blocking, should be addressed by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) and not by the Federal Court. It also argued that the legal test for issuance of the order sought was not met. The respondents are the plaintiffs and the defendants in the underlying copyright infringement action, as well as the ISPs (other than the appellant) who are subject to the Order. Later, interveners were added to the appeal, some of which argued in favour of the appellant while others argued in favour of the plaintiffs.

*le juge n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en examinant les éléments de preuve montrant les efforts des demandeurs pour identifier les défendeurs et en concluant qu'ils étaient suffisants pour justifier que l'ordonnance soit rendue.*

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance interlocutoire sans précédent au Canada rendue par la Cour fédérale dans une action en violation de droit d'auteur, laquelle ordonnance enjoignait à plusieurs fournisseurs d'accès Internet (FAI) canadiens, notamment l'appelante, de bloquer l'accès de leurs clients à certains sites Web. Ce genre de pratique est connue sous le nom d'ordonnance de blocage de sites. L'ordonnance était remarquable du fait que les FAI auxquels elle s'appliquait n'étaient pas des défendeurs dans l'action et n'étaient pas accusés d'avoir commis un acte répréhensible. Les défendeurs qui sont accusés de la violation de droit d'auteur dans l'action sont deux personnes non identifiées, responsables d'entreprises faisant affaire sous le nom de *goldtv.biz* et de *goldtv.ca* (les sites visés), qui offrent des services d'abonnement non autorisés donnant accès à des émissions sur Internet (les services de GoldTV). L'ordonnance était destinée à empêcher les clients des FAI nommés d'avoir accès aux services de GoldTV. L'action a été intentée en 2018 par trois des intimés, à savoir Bell Media Inc., le Groupe TVA Inc. et Rogers Media Inc. (les demandeurs), qui sont des diffuseurs canadiens. Selon la déclaration déposée, les services de GoldTV violant le droit d'auteur auraient commencé à être offerts dès juillet 2017. Le jour même où l'action a été intentée, les demandeurs ont déposé une requête *ex parte* en injonction provisoire ordonnant l'inactivation immédiate des services de GoldTV. Cette requête a été accueillie par la Cour fédérale et l'injonction provisoire, applicable durant au plus 14 jours, a été prononcée en juillet 2019. Dans leur requête, les demandeurs sollicitaient aussi une injonction interlocutoire qui remplacerait l'injonction provisoire, dans le but que les services de GoldTV demeurent désactivés jusqu'à ce que l'action soit tranchée définitivement sur le fond. L'injonction interlocutoire a été rendue en août 2019. Les défendeurs n'ont jamais produit de défense dans l'action et ils n'ont pas pris part autrement à l'instance. Par la suite, après que l'injonction provisoire eut été prononcée et pendant que la requête en injonction interlocutoire était en instance, les demandeurs ont déposé une requête distincte dans laquelle ils demandaient qu'il soit enjoint aux FAI nommés dans la requête de bloquer l'accès aux sites Web visés, à tout le moins pour leurs clients abonnés aux services Internet terrestres résidentiels. Les demandeurs ont invoqué le défaut des défendeurs de se conformer à l'injonction provisoire bien que celle-ci leur ait été signifiée de la manière autorisée par la Cour. Ils ont aussi invoqué leur incapacité à identifier les défendeurs. C'est cette requête qui a donné lieu à l'ordonnance de novembre 2019 faisant l'objet du présent appel. L'appelante s'est opposée à la requête au motif que l'objet de l'ordonnance, le blocage de sites Web, devrait être examiné par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) et non par la Cour fédérale. Elle a également soutenu

At issue was whether the Federal Court had the power to grant a site-blocking order; if so, whether freedom of expression was engaged; and whether the Order was just and equitable.

*Held*, the appeal should be dismissed.

On the basis of rules 4 and 44 of the *Federal Courts Rules* as well as subsection 34(1) of the *Copyright Act*, and given the absence of legal obstacles, the Federal Court was correct in finding that it had the power to grant the Order. In particular, nothing in sections 41.25 to 41.27 of the *Copyright Act* suggests an intention to deny copyright owners the benefit of a site-blocking order, and nothing in such an order conflicts with these provisions. The fact that Parliament has put in place a regime to notify an alleged copyright infringer that its activities have come to the attention of the copyright owner does not suggest that this represents a limit on the remedies to which the copyright owner is entitled. As well, subsection 34(1) of the *Copyright Act* intentionally provides broad discretionary powers to address copyright infringement, including injunction. There was no serious doubt that the GoldTV Services infringed the plaintiffs' copyright or that the interim and interlocutory injunctions against the infringers directly were not respected. Accordingly, it was difficult to doubt that the remedies contemplated in subsection 34(1) of the *Copyright Act* were worthy of consideration. Thus, the possible remedies contemplated in subsection 34(1) of the *Copyright Act* included a site-blocking order. It had to be determined whether the site-blocking order granted in this case was appropriate in the circumstances. The appellant's argument that section 36 of the *Telecommunications Act* contemplates net neutrality by ISPs and provides that exceptions thereto must be approved by the CRTC was rejected. The general wording of section 36 of the *Telecommunications Act* does not displace the Federal Court's equitable powers of injunction, including the power to impose a site-blocking order. The wording of section 36 would have to be more explicit to have that effect. Section 36 prohibits a Canadian carrier, including an ISP, from "control[ling] the content or influenc[ing] the meaning or purpose of telecommunications carried by it for the public." Complying with a court-ordered injunction does not amount to controlling or influencing. On the contrary, it is the ISP that is being controlled or influenced by the Order.

qu'il n'avait pas été satisfait au critère juridique applicable dans le cas de l'ordonnance demandée. Les intimés sont les demandeurs et les défendeurs dans l'action sous-jacente en violation de droit d'auteur, ainsi que les FAI (sauf l'appelante) qui sont assujettis à l'ordonnance. Les intervenants ont ensuite été ajoutés à l'appel; certains ont plaidé en faveur de l'appelante et d'autres, en faveur des demandeurs.

Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale avait le pouvoir de rendre une ordonnance de blocage de sites et, le cas échéant, si la liberté d'expression était pertinente, et de savoir si l'ordonnance était juste et équitable.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

Sur le fondement des règles 4 et 44 des *Règles des Cours fédérales* et du paragraphe 34(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* et étant donné l'absence d'obstacles juridiques, la Cour fédérale a conclu à juste titre qu'elle avait le pouvoir d'accorder l'ordonnance. Plus particulièrement, rien dans les articles 41.25 à 41.27 de la *Loi sur le droit d'auteur* ne révèle l'intention de refuser aux titulaires d'un droit d'auteur l'avantage des ordonnances de blocage de sites, et rien dans ce type d'ordonnance n'est contraire à ces dispositions. Le fait que le législateur ait mis en place un régime pour aviser la personne qui aurait violé un droit d'auteur que ses activités ont été portées à l'attention du titulaire du droit d'auteur n'indique pas que le législateur limitait ainsi les recours dont le titulaire du droit d'auteur pouvait se prévaloir. En outre, le paragraphe 34(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit délibérément de vastes pouvoirs discrectionnaires pour le règlement des questions de violation du droit d'auteur, dont les injonctions. Il n'y avait aucun doute sérieux que les services de GoldTV ont violé les droits d'auteur des demandeurs ou que les injonctions provisoires et interlocutoires rendues directement contre les personnes ayant violé leurs droits n'ont pas été respectées. Par conséquent, il était difficile de douter que les recours prévus au paragraphe 34(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* méritaient d'être pris en considération. Donc, les recours potentiels prévus au paragraphe 34(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* incluaient les ordonnances de blocage de sites. Il fallait déterminer si l'ordonnance de blocage de sites accordée en l'espèce était une mesure appropriée dans les circonstances. L'argument de l'appelante selon lequel l'article 36 de la *Loi sur les télécommunications* ordonne aux FAI de respecter la neutralité du Net et dispose que le CRTC doit approuver les exceptions à ce principe a été rejeté. Le libellé général de l'article 36 de la *Loi sur les télécommunications* ne l'emporte pas sur les pouvoirs en equity de la Cour fédérale lui permettant d'accorder des injonctions, y compris le pouvoir de rendre une ordonnance de blocage de sites. Il aurait fallu que le libellé de l'article 36 soit plus explicite pour avoir cet effet. L'article 36 interdit à toute entreprise canadienne, dont les FAI, « de régir le contenu ou d'influencer le sens ou l'objet des télécommunications qu'elle achemine pour

With respect to freedom of expression, the appellant argued that the Order affected the freedom of expression of two groups: the ISPs who are required to block certain websites and their customers who would otherwise have access to those websites. The appellant's argument that ISPs like the appellant engage in any expressive activity when they provide their customers with access to certain websites was not accepted. As the appellant itself argued, it acts as a common carrier subject to an obligation of net neutrality. As such, it should not, and presumably does not, show any preference for one website over another based on its content. In this sense, its everyday activities in question are not expressive and therefore do not engage freedom of expression. Nevertheless, the appellant's customers could have an expressive interest that is implicated by the Order. It was not necessary to decide whether the Charter was engaged and, if so, whether freedom of expression was infringed. In considering the issue of freedom of expression in the context of a particular equitable remedy, it was not necessary for the Judge to engage in a detailed Charter rights analysis separate and distinct from the balance of convenience analysis that had to be considered. While the Judge's analysis of the issue of freedom of expression was brief, his analysis on this issue was not inadequate. That analysis noted the appellant's concerns for ISPs' customers' freedom of expression rights and concluded that, in view of the undisputed, ongoing infringement and measures to limit over-blocking, those concerns did not tip the balance against the Order.

The Order was just and equitable. There was no dispute that, for the first prong of his analysis, the Judge should have considered the threshold of strong *prima facie* case rather than the lower threshold of serious issue to be tried. It is clear that the Judge would have found that this part of the test was met even at the higher threshold since he stated explicitly in his decision that the evidence disclosed a strong *prima facie* case of copyright infringement by the defendants. The Judge's finding that the plaintiffs had a strong *prima facie* case was sound and there was no basis to doubt the plaintiffs' case for copyright infringement by the defendants. With respect to irreparable harm, while the Judge referred to findings of irreparable harm by other judges in the context of motions for interim and interlocutory injunctions for his conclusion that irreparable harm had been shown, there was no error in doing so in the process of indicating his agreement with those findings after having considered the evidence before him. The Judge discussed the appellant's

le public ». Se conformer à une injonction prononcée par la Cour ne revient pas à régir ou à influencer les télécommunications. Au contraire, c'est le FAI qui est régi ou influencé par l'ordonnance.

En ce qui concerne la liberté d'expression, l'appelante a soutenu que l'ordonnance avait une incidence sur la liberté d'expression de deux groupes : les FAI qui sont obligés de bloquer certains sites Web et leurs clients qui sinon auraient accès à ces sites Web. L'argument de l'appelante selon lequel des FAI comme l'appelante se livrent à une activité expressive lorsqu'ils fournissent à leurs clients l'accès à certains sites Web n'a pas été retenu. Comme l'appelante l'a elle-même soutenu, ses activités sont celles d'une entreprise de télécommunication assujettie à l'obligation de la neutralité du Net. À ce titre, elle ne doit pas manifester de préférence pour un site Web plutôt qu'un autre en fonction de son contenu, et elle ne le fait vraisemblablement pas. En ce sens, ses activités quotidiennes ne sont pas expressives et, par conséquent, elles ne font pas jouer la liberté d'expression. Cela dit, l'ordonnance pourrait toucher les intérêts de nature expressive des clients de l'appelante. Il n'était pas nécessaire de décider si la Charte jouait et, le cas échéant, s'il y a eu atteinte à la liberté d'expression. Il n'était pas nécessaire que le juge, lorsqu'il a examiné la question de la liberté d'expression dans le contexte d'un recours précis en equity, procède à une analyse détaillée des droits garantis par la Charte distincte de l'analyse de la prépondérance des inconvénients à laquelle il fallait procéder. Bien qu'elle ait en effet été brève, l'analyse du juge sur la question de la liberté d'expression n'était pas insuffisante. Dans cette analyse, il a été pris note des préoccupations de l'appelante à l'égard du droit à la liberté d'expression des clients des FAI et il a été conclu que, compte tenu de la violation incontestée du droit d'auteur en cours et des mesures visant à limiter le surblocage, ces préoccupations ne faisaient pas pencher la balance contre l'ordonnance.

L'ordonnance était juste et équitable. Il n'a pas été contesté que, pour le premier volet de son analyse, le juge aurait dû appliquer le seuil de la forte apparence de droit plutôt que le seuil moins exigeant de la question sérieuse à trancher. De toute évidence, le juge aurait conclu qu'il était satisfait à cette partie du critère même s'il avait appliqué le seuil plus exigeant, étant donné qu'il a déclaré explicitement dans sa décision qu'il existait à première vue une preuve solide qu'il y avait violation du droit d'auteur par les défendeurs. La conclusion du juge selon laquelle les demandeurs avaient démontré à première vue l'existence d'une preuve solide était bien fondée, et il n'y avait aucune raison de douter que les demandeurs pouvaient prouver que les défendeurs violaient leur droit d'auteur. En ce qui concerne le préjudice irréparable, il est vrai que le juge a renvoyé aux conclusions de préjudice irréparable tirées par d'autres juges dans les requêtes en injonction provisoire et interlocutoire pour conclure que l'existence d'un

evidence and argument against irreparable harm, which was entirely appropriate. He also noted evidence in favour of irreparable harm. Having found harm to the plaintiffs from ongoing copyright infringement by defendants who are anonymous, and who are making clear efforts to remain so and avoid liability, it was entirely appropriate for the Judge to find irreparable harm. Finally, as to the balance of convenience, the Judge did not err by fettering his discretion and distorting his analysis by relying on factors gleaned from a series of decisions in a U.K. case. There was no indication that the Judge, in referring to the factors specified in those cases, such as necessity and fairness, fettered his discretion or felt compelled to follow them. The Judge recognized that those factors were grounded on foreign law. Moreover, he recognized correctly that “[t]he fundamental question to be asked where an injunction is sought is whether the granting of the injunction is just and equitable in all of the circumstances”. The Judge noted that the appellant did not dispute or take issue with the test to be met or the factors that were identified based on the U.K. case law. As well, there was no suggestion as to any particular one or more of these particular factors that were inappropriate for the Canadian context for any reason. Thus, it was entirely appropriate for the Judge to look abroad for inspiration when faced with a motion for an order that was unprecedented in Canada. It was also open to the Judge to consider necessity under irreparable harm rather than balance of convenience. There was no palpable and overriding error in addressing possible alternative measures under irreparable harm rather than balance of convenience.

Turning to the effectiveness of a site-blocking order, while it may be necessary to amend the Order from time to time to respond to the defendants’ circumvention efforts, there was little information about the burden of doing so, or the likelihood of many other such orders (in other cases) compounding this burden. The Judge clearly considered this issue. He also considered concerns about over-blocking and was satisfied with measures in the Order to address it. As to the availability of less intrusive alternatives, the Judge acknowledged the appellant’s arguments concerning proposed alternatives and addressed specific points. He found no basis to conclude that the alternative measures would be effective, characterizing them as speculative. The Judge favoured the plaintiffs’ evidence to the effect that the alternative measures would not be

préjudice irréparable avait été démontrée, mais ce n’était pas une erreur pour le juge d’affirmer souscrire à ces conclusions après avoir examiné les éléments de preuve dont il disposait. Le juge a examiné les éléments de preuve et les observations présentés par l’appelante pour montrer l’absence de préjudice irréparable, ce qui était tout à fait approprié. Il a également pris note des éléments de preuve montrant l’existence d’un préjudice irréparable. Le juge ayant conclu que les demandeurs subissaient un préjudice en raison de la violation continue de leur droit d’auteur par les défendeurs, qui sont anonymes, et qui s’efforcent manifestement de le rester et d’échapper à toute responsabilité, il était tout à fait approprié qu’il conclue à l’existence d’un préjudice irréparable. Enfin, en ce qui concerne la prépondérance des inconvénients, le juge n’a pas commis d’erreur en entravant son pouvoir discrétionnaire et en faussant son analyse en se fondant sur des facteurs tirés d’une série d’arrêts du Royaume-Uni. Rien n’indiquait que le juge, en renvoyant aux facteurs énoncés dans ces décisions, comme la nécessité et l’équité, a entravé son pouvoir discrétionnaire ou s’est senti obligé de les appliquer. Le juge a reconnu que ces facteurs étaient fondés sur le droit étranger. En outre, il a reconnu à juste titre que « [l]a question fondamentale à trancher dans le contexte d’une demande d’injonction est de savoir s’il est juste et équitable de délivrer l’injonction eu égard à toutes les circonstances de l’affaire ». Le juge a fait observer que l’appelante n’a pas contesté le critère auquel il faut satisfaire ni les facteurs énumérés en fonction de la jurisprudence britannique. En outre, personne n’a affirmé, pour quelque motif que ce soit, qu’un facteur en particulier ou que plusieurs de ces facteurs étaient inappropriés dans le contexte canadien. Donc, il était tout à fait approprié que le juge s’inspire de la jurisprudence étrangère, puisqu’il était saisi d’une requête en ordonnance qui était sans précédent au Canada. Il était également loisible au juge d’examiner la nécessité au regard du préjudice irréparable plutôt qu’au regard de la prépondérance des inconvénients. Il n’y a eu aucune erreur manifeste et dominante dans le fait que le juge se soit penché sur des solutions de rechange possibles au regard du préjudice irréparable plutôt qu’au regard de la prépondérance des inconvénients.

En ce qui concerne l’efficacité d’une ordonnance de blocage de sites, bien qu’il puisse être nécessaire de modifier l’ordonnance de temps à autre en réaction aux efforts déployés par les défendeurs pour contourner le blocage de sites, il y avait peu de renseignements concernant le fardeau que ces modifications entraînent ou sur la possibilité que de nombreuses autres ordonnances (dans d’autres affaires) viennent alourdir ce fardeau. Le juge a manifestement examiné cette question. Il a tenu compte également des préoccupations concernant le surblocage et il a jugé satisfaisantes les mesures prévues dans l’ordonnance pour prévenir ce problème. En ce qui concerne l’existence de solutions moins intrusives, le juge a pris note des observations de l’appelante sur les solutions proposées et il a discuté de certains points. Il n’a trouvé aucune raison de conclure que les

effective and there was no palpable and overriding error in the Judge's treatment of the evidence in this respect. Finally, the Judge did not make a palpable and overriding error in considering the evidence of efforts made by the plaintiffs to find the defendants and by finding that they were sufficient to justify issuing the Order. The Judge made no such error in this regard. In view of the undisputed finding that the defendants made efforts to remain anonymous, it seemed more likely that additional efforts to find the defendants would have been fruitless. For the foregoing reasons, the Order was just and equitable.

solutions de rechange, qu'il a qualifiées d'hypothétiques, seraient efficaces. Le juge a préféré retenir le témoignage des demandeurs selon lequel ces solutions ne seraient pas efficaces, et il n'y a eu aucune erreur manifeste et dominante dans la façon dont le juge a traité la preuve à cet égard. Enfin, le juge n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en examinant les éléments de preuve montrant les efforts des demandeurs pour identifier les défendeurs et en concluant qu'ils étaient suffisants pour justifier que l'ordonnance soit rendue. Le juge n'a commis aucune erreur à cet égard. Compte tenu de la conclusion non contestée selon laquelle les défendeurs ont pris des mesures pour conserver leur anonymat, il semblait plus probable que tout effort supplémentaire déployé pour trouver les défendeurs aurait été en vain. Pour les motifs qui précèdent, l'ordonnance était juste et équitable.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b).  
*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 34(1), 41.25, 41.26, 41.27.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 4, 44.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 4, 44.  
*Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, s. 36.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Google Inc. v. Equustek Solutions Inc.*, 2017 SCC 34, [2017] 1 S.C.R. 824; *R. v. Canadian Broadcasting Corp.*, 2018 SCC 5, [2018] 1 S.C.R. 196.

##### DISTINGUISHED:

*Allarco Entertainment 2008 Inc. v. Staples Canada ULC*, 2021 ABQB 340.

##### CONSIDERED:

*Rogers Communications Inc. v. Voltage Pictures, LLC*, 2018 SCC 38, [2018] 2 S.C.R. 643; *Equustek Solutions Inc. v. Jack*, 2020 BCSC 793, 325 A.C.W.S. (3d) 260; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, (1989), 25 C.P.R. (3d) 417; *Cartier International AG v. British Sky Broadcasting Ltd.*, [2014] EWHC 3354 (Ch.); *Cartier International AG v. British Sky Broadcasting Ltd.*, [2016] EWCA Civ. 658; *Cartier International AG v. British Telecommunications plc*, [2018] UKSC 28.

#### 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, 2b).  
*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, 34(1), 41.25, 41.26, 41.27.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 4, 44.  
*Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, art. 36.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 4, 44.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Google Inc. c. Equustek Solutions Inc.*, 2017 CSC 34, [2017] 1 R.C.S. 824; *R. c. Société Radio-Canada*, 2018 CSC 5, [2018] 1 R.C.S. 196.

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Allarco Entertainment 2008 Inc. v. Staples Canada ULC*, 2021 ABQB 340.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Rogers Communications Inc. c. Voltage Pictures, LLC*, 2018 CSC 38, [2018] 2 R.C.S. 643; *Equustek Solutions Inc. v. Jack*, 2020 BCSC 793, 325 A.C.W.S. (3d) 260; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 1989 CanLII 87; *Cartier International AG v. British Sky Broadcasting Ltd.*, [2014] EWHC 3354 (Ch.); *Cartier International AG v. British Sky Broadcasting Ltd.*, [2016] EWCA Civ. 658; *Cartier International AG v. British Telecommunications plc*, [2018] UKSC 28.

## REFERRED TO:

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331, 142 C.P.R. (4th) 187; *Canada v. South Yukon Forest Corporation*, 2012 FCA 165, 431 N.R. 286; *Keatley Surveying Ltd. v. Teranet Inc.*, 2019 SCC 43, [2019] 3 S.C.R. 418, 169 C.P.R. (4th) 1; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339; *Cinar Corporation v. Robinson*, 2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168; *Asian Television Network International Limited, on behalf of the FairPlay Coalition – Application to disable online access to piracy websites*, Telecom Decision CRTC 2018-384; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, (1988), 90 N.R. 84; *Bell Canada v. 1326030 Ontario Inc. (iTVBox.net)*, 2016 FC 612, 271 A.C.W.S. (3d) 831; *Geophysical Service Incorporated v. Canada-Nova-Scotia Offshore Petroleum Board*, 2014 FC 450, 454 F.T.R. 206.

## AUTHORS CITED

Canada. Parliament. House of Commons. Standing Committee on Industry, Science and Technology. *Report 16: Statutory Review of the Copyright Act*, 42nd Parl., 1st Sess. (June 3, 2019).

APPEAL from a Federal Court interlocutory order (*Bell Média Inc. c. GoldTV.Biz*, 2019 CF 1432) in a copyright infringement action requiring a number of Canadian Internet service providers, including the appellant, to block access to certain websites by their customers. Appeal dismissed.

## APPEARANCES

*Colin Baxter, Marion Sandilands and Julie Mouris* for appellant TekSavvy Solutions Inc.  
*François Guay, Guillaume Lavoie Ste-Marie and Olivier Jean-Lévesque* for respondents Bell Média Inc. Groupe TVA Inc., Rogers Media. Inc.,

## DÉCISIONS CITÉES :

*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331, [2016] A.C.F. n° 943 (QL); *Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165, [2016] A.C.F. n° 669 (QL); *Keatley Surveying Ltd. c. Teranet Inc.*, 2019 CSC 43, [2019] 3 R.C.S. 418, [2019] A.C.S. n° 43 (QL); *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168; *Asian Television Network International Limited, au nom de la coalition Franc-Jeu Canada – Demande en vue de désactiver l'accès en ligne à des sites de piratage*, décision de télécom CRTC 2018-384; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 1988 CanLII 19; *Bell Canada c. 1326030 Ontario Inc. (iTVBox.net)*, 2016 CF 612, [2016] A.C.F. n° 1101 (QL); *Geophysical Service Incorporated c. Office Canada-Nouvelle-Écosse des hydrocarbures extracôtiers*, 2014 CF 450, [2014] A.C.F. n° 616 (QL).

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie. *Rapport 16 : Examen prévu par la loi de la Loi sur le droit d'auteur*, 42<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess. (3 juin 2019).

APPEL interjeté à l'encontre d'une ordonnance interlocutoire rendue par la Cour fédérale (*Bell Média Inc. c. GoldTV.Biz*, 2019 CF 1432) dans une action en violation de droit d'auteur, laquelle ordonnance enjoignait à plusieurs fournisseurs d'accès Internet canadiens, notamment l'appelante, de bloquer l'accès de leurs clients à certains sites Web. Appel rejeté.

## ONT COMPARU :

*Colin Baxter, Marion Sandilands et Julie Mouris* pour l'appelante TekSavvy Solutions Inc.  
*François Guay, Guillaume Lavoie Ste-Marie et Olivier Jean-Lévesque* pour les intimés Bell Média Inc. Groupe TVA Inc., Rogers Media. Inc.,



Bell Canada, Fido Solutions Inc., Rogers Communications Canada Inc., and Videotron Ltd. *Jeremy De Beer* and *Bram Abramson* for interveners Canadian Internet Registration Authority.

*James Plotkin* and *Tamir Israel* for interveners Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy & Public Interest Clinic.

*Neil Abraham* for interveners British Columbia Civil Liberties Association.

*Casey Chisick* and *Eric Mayzel* for interveners Canadian Music Publishers Association, International Confederation of Music Publishers, Music Canada and International Federation of the Phonographic Industry.

*Gavin Mackenzie* and *Brooke MacKenzie* for interveners Fédération internationale des associations de producteurs de films-FIAPF.

*Barry B. Sookman*, *Steven Mason*, *Daniel G. C. Glover* and *Kendra Levasseur* for interveners International Publishers Association, International Association of Scientific, Technical and Medical Publishers, The Publishers Association Limited, Canadian Publishers' Council, Association of Canadian Publishers, The Football Association Premier League Limited and DAZN Limited.

*Nancy Rubin* for interveners Bragg Communications Inc. dba Eastlink.

*Bianca Sgambetterra* for respondent Cogeco Connexion Inc.

*Timothy M. Lowman* and *Stephen Zolf* for respondent Distributel Communications Limited.

*Doug Koloski*, *Bill Beckman* and *Kevin Spelay* for respondent Saskatchewan Telecommunications Holding Corporation.

*Cynthia Rathwell* and *Ron Ripley* for respondent Shaw Communications Inc.

*Christopher Naudie*, *Vincent M. de Grandpré* and *Sydney A. Young* for respondent TELUS Communications Inc.

Bell Canada, Fido Solutions Inc., Rogers Communications Canada Inc. et Vidéotron Ltée. *Jeremy De Beer* et *Bram Abramson* pour l'intervenante Autorité canadienne pour les enregistrements Internet.

*James Plotkin* et *Tamir Israel* pour l'intervenante Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada Samuelson-Glushko.

*Neil Abraham* pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

*Casey Chisick* et *Eric Mayzel* pour les intervenantes Association canadienne des éditeurs de musique, Confédération internationale des éditeurs de musique, Music Canada et Fédération internationale de l'industrie phonographique.

*Gavin Mackenzie* et *Brooke MacKenzie* pour l'intervenante Fédération internationale des associations de producteurs de films-FIAPF.

*Barry B. Sookman*, *Steven Mason*, *Daniel G. C. Glover* et *Kendra Levasseur* pour les intervenants Union internationale des éditeurs, Groupement international des éditeurs scientifiques, techniques et médicaux, The Publishers Association Limited, Canadian Publishers' Council, Association of Canadian Publishers, The Football Association Premier League Limited et DAZN Limited.

*Nancy Rubin* pour l'intervenante Bragg Communications Inc. faisant affaire sous le nom d'Eastlink.

*Bianca Sgambetterra* pour l'intimée Cogeco Connexion Inc.

*Timothy M. Lowman* et *Stephen Zolf* pour l'intimée Communications Distributel Limitée.

*Doug Koloski*, *Bill Beckman* et *Kevin Spelay* pour l'intimée Saskatchewan Telecommunications Holding Corporation.

*Cynthia Rathwell* et *Ron Ripley* pour l'intimée Shaw Communications Inc.

*Christopher Naudie*, *Vincent M. de Grandpré* et *Sydney A. Young* pour l'intimée TELUS Communications Inc.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Conway Baxter Wilson LLP/s.r.l.*, Ottawa, for appellant TekSavvy Solutions Inc.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Conway Baxter Wilson LLP/s.r.l.*, Ottawa, pour l'appelante TekSavvy Solutions Inc.

*Smart & Biggar*, Montréal, for respondents Bell Media Inc. Groupe TVA Inc., Rogers Media Inc., Bell Canada, Fido Solutions Inc., Rogers Communications Canada Inc., and Videotron Ltd. *Jeremy de Beer Professional Corporation*, Ottawa, for intervener Canadian Internet Registration Authority.

*Caza Saikaley s.r.l./LLP*, Ottawa, for intervener Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy & Public Interest Clinic.

*Gib van Ert Law*, Ottawa, for intervener British Columbia Civil Liberties Association.

*Cassels Brock & Blackwell LLP*, Toronto, for interveners Canadian Music Publishers Association, International Confederation of Music Publishers, Music Canada and International Federation of the Phonographic Industry.

*MacKenzie Barristers*, Toronto, for intervener Fédération internationale des associations de producteurs de films-FIAPF.

*McCarthy Tétrault LLP*, Toronto, for intervener International Publishers Association, International Association of Scientific, Technical and Medical Publishers, The Publishers Association Limited, Canadian Publishers' Council, Association of Canadian Publishers, The Football Association Premier League Limited and DAZN Limited.

*Stewart McKelvey*, Halifax, for intervener Bragg Communications Inc. dba Eastlink.

*Cogeco Connexion Inc. Legal Department*, Montreal, for respondent Cogeco Connexion Inc.

*Aird & Berlis LLP*, Toronto, for respondent Distributel Communications Limited.

*Saskatchewan Telecommunications Holding Corporation Legal Department*, Regina, for respondent Saskatchewan Telecommunications Holding Corporation.

*Shaw Communications Inc. Legal Department*, Ottawa, for respondent Shaw Communications Inc.

*Osler, Hoskin & Harcourt LLP*, Toronto, for respondent TELUS Communications Inc.

*Smart & Biggar*, Montréal, pour les intimés Bell Média Inc. Groupe TVA Inc., Rogers Media Inc., Bell Canada, Fido Solutions Inc., Rogers Communications Canada Inc. et Vidéotron Ltée. *Jeremy de Beer Professional Corporation*, Ottawa, pour l'intervenante Autorité canadienne pour les enregistrements Internet.

*Caza Saikaley s.r.l./LLP*, Ottawa, pour l'intervenante Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada Samuelson-Glushko.

*Gib van Ert Law*, Ottawa, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

*Cassels Brock & Blackwell LLP*, Toronto, pour les intervenantes Association canadienne des éditeurs de musique, Confédération internationale des éditeurs de musique, Music Canada et Fédération internationale de l'industrie phonographique.

*MacKenzie Barristers*, Toronto, pour l'intervenante Fédération internationale des associations de producteurs de films-FIAPF.

*McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Toronto, pour les intervenants Union internationale des éditeurs, Groupement international des éditeurs scientifiques, techniques et médicaux, The Publishers Association Limited, Canadian Publishers' Council, Association of Canadian Publishers, The Football Association Premier League Limited et DAZN Limited.

*Stewart McKelvey*, Halifax, pour l'intervenante Bragg Communications Inc. faisant affaire sous le nom d'Eastlink.

*Cogeco Connexion Inc. Services juridiques*, Montreal, pour l'intimée Cogeco Connexion Inc.

*Aird & Berlis LLP*, Toronto, pour l'intimée Communication Distributel Limitée.

*Saskatchewan Telecommunications Holding Corporation, Services juridiques*, Regina, pour l'intimée Saskatchewan Telecommunications Holding Corporation.

*Shaw Communications Inc., Services juridiques*, Ottawa, pour l'intimée Shaw Communications Inc.

*Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l.*, Toronto, pour l'intimée TELUS Communications Inc.

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

LOCKE J.A.:

I. Background

[1] This appeal concerns an order of the Federal Court that all parties agree is unprecedented in Canada. On November 15, 2019, Justice Patrick Gleeson (the Judge) issued an interlocutory order (the Order) in a copyright infringement action (Federal Court File No. T-1169-19, the Action) [*Bell Media Inc. v. GoldTV.Biz*, 2019 FC 1432] requiring a number of Canadian Internet service providers (ISPs), including the appellant, Teksavvy Solutions Inc. (Teksavvy), to block access to certain websites by their customers. This is known as a site-blocking order. The ISP parties' customers make up a majority of Canadian Internet users. In addition to being unprecedented in Canada, the Order is notable because the ISPs to whom it applies are not defendants in the Action and are not accused of any wrongdoing.

[2] The defendants who are accused of copyright infringement in the Action are two unidentified persons responsible for businesses operating as *goldtv.biz* and *goldtv.ca* (the Target Websites), which operate unauthorized subscription services that provide access to programming content over the Internet (the GoldTV Services). The aim of the Order is to impede access to the GoldTV Services by the named ISPs' customers.

[3] The Action was commenced on July 18, 2019 by three of the respondents—Bell Media Inc., Groupe TVA Inc. and Rogers Media Inc. (the plaintiffs)—who are Canadian broadcasters. The statement of claim alleges that the infringing GoldTV Services began at least as early as July 2017. On the same day as the Action was commenced, the plaintiffs filed an *ex parte* motion for an interim injunction ordering that the GoldTV Services be immediately disabled. This motion was granted by Justice René LeBlanc (then of the Federal Court) and the interim

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

LE JUGE LOCKE, J.C.A. :

I. Contexte

[1] Le présent appel vise une ordonnance de la Cour fédérale qui, ce dont toutes les parties conviennent, est sans précédent au Canada. Le 15 novembre 2019, le juge Patrick Gleeson (le juge) a rendu une ordonnance interlocutoire (l'ordonnance) dans une action en violation de droit d'auteur (dossier de la Cour fédérale n° T-1169-19, l'action) [*Bell Média Inc. c. GoldTV.Biz*, 2019 CF 1432] laquelle ordonnance enjoignait à plusieurs fournisseurs d'accès Internet (FAI) canadiens, notamment l'appelante Teksavvy Solutions Inc. (Teksavvy), de bloquer l'accès de leurs clients à certains sites Web. Il s'agit d'une ordonnance de blocage de sites. Les clients des parties qui sont des FAI composent la majorité des utilisateurs canadiens d'Internet. L'ordonnance, en plus d'être sans précédent au Canada, est remarquable du fait que les FAI auxquels elle s'applique ne sont pas des défendeurs dans l'action et ne sont pas accusés d'avoir commis un acte répréhensible.

[2] Les défendeurs qui sont accusés de la violation de droit d'auteur dans l'action sont deux personnes non identifiées, responsables d'entreprises faisant affaire sous le nom de *goldtv.biz* et de *goldtv.ca* (les sites visés), qui offrent des services d'abonnement non autorisés donnant accès à des émissions sur Internet (les services de GoldTV). L'ordonnance est destinée à empêcher les clients des FAI nommés d'avoir accès aux services de GoldTV.

[3] L'action a été intentée le 18 juillet 2019 par trois des intimés, à savoir Bell Media Inc., le Groupe TVA Inc. et Rogers Media Inc. (les demandeurs), qui sont des diffuseurs canadiens. Selon la déclaration déposée, les services de GoldTV violant le droit d'auteur auraient commencé à être offerts dès juillet 2017. Le jour même où l'action a été intentée, les demandeurs ont déposé une requête *ex parte* en injonction provisoire ordonnant l'inactivation immédiate des services de GoldTV. Cette requête a été accueillie par le juge René LeBlanc (siégeant alors à la Cour

injunction was issued on July 25, 2019 for a period of not more than 14 days. The plaintiffs' motion also sought an interlocutory injunction, to replace the interim injunction, with the aim of keeping the GoldTV Services disabled until final determination of the Action on the merits. The interlocutory injunction was granted by Justice Catherine M. Kane on August 8, 2019.

[4] The defendants have never filed a defence in the Action, nor have they participated otherwise in the Action, including in the proceedings brought before Justice Kane and the Judge.

## II. Federal Court Order and Later Amendments

[5] On July 31, 2019, after the interim injunction had been issued and while the motion for interlocutory injunction was pending, the plaintiffs filed a separate motion requesting that the ISPs named in the motion be ordered to block access by at least their residential wireline Internet service customers to the Target Websites. The plaintiffs cited the failure of the defendants to comply with the interim injunction order despite service thereof on them on July 25, 2019 in the manner permitted by the Court. They also cited their inability to identify the defendants. This is the motion that led to the Order dated November 15, 2019 that is currently under appeal. It is set to terminate two years after its issuance.

[6] The Order lists the Target Websites' domains, subdomains and IP addresses in its Schedule 1, and contemplates that the list may be amended by subsequent order to add new domains, subdomains and IP addresses, and delete others, as necessary to reflect those actually used solely or predominantly to enable or facilitate access to the Target Websites. Schedule 1 has since been amended three times: by orders dated December 20, 2019, July 10, 2020 and November 13, 2020.

fédérale) et l'injonction provisoire, applicable durant au plus 14 jours, a été prononcée le 25 juillet 2019. Dans leur requête, les demandeurs sollicitaient aussi une injonction interlocutoire qui remplacerait l'injonction provisoire, dans le but que les services de GoldTV demeurent désactivés jusqu'à ce que l'action soit tranchée définitivement sur le fond. L'injonction interlocutoire a été rendue par la juge Catherine M. Kane le 8 août 2019.

[4] Les défendeurs n'ont jamais produit de défense dans l'action et ils n'ont pas pris part autrement à l'instance, y compris dans les procédures dont ont été saisis la juge Kane et le juge.

## II. L'ordonnance de la Cour fédérale et ses modifications subséquentes

[5] Le 31 juillet 2019, après que l'injonction provisoire a été prononcée et pendant que la requête en injonction interlocutoire était en instance, les demandeurs ont déposé une requête distincte dans laquelle ils demandaient qu'il soit enjoint aux FAI nommés dans la requête de bloquer l'accès aux sites Web visés, à tout le moins pour leurs clients abonnés aux services Internet terrestres résidentiels. Les demandeurs ont invoqué le défaut des défendeurs de se conformer à l'injonction provisoire bien que celle-ci leur ait été signifiée le 25 juillet 2019 de la manière autorisée par la Cour. Ils ont aussi invoqué leur incapacité à identifier les défendeurs. C'est cette requête qui a donné lieu à l'ordonnance du 15 novembre 2019 faisant l'objet du présent appel. Elle est censée prendre fin deux ans après son prononcé.

[6] L'ordonnance énumère les domaines, les sous-domaines et les adresses IP des sites Web visés dans son annexe 1, et il y est prévu que la liste peut être modifiée par une ordonnance subséquente pour l'ajout ou la suppression de domaines, de sous-domaines et d'adresses IP, au besoin, pour que la liste comporte ceux qui sont en fait utilisés uniquement ou principalement dans le but de permettre ou de faciliter l'accès aux sites Web visés. L'annexe 1 a depuis été modifiée à trois reprises par des ordonnances datées du 20 décembre 2019, du 10 juillet 2020 et du 13 novembre 2020.

[7] The Order also provides that the plaintiffs shall indemnify and save harmless the ISPs for the reasonable marginal cost of implementing the Order (and any update thereof), and for any liability, expenses, etc. resulting from any complaint, demand, etc. by a third party as a result of the ISPs' compliance with the Order.

[8] Teksavvy opposed the motion on the basis that the subject matter of the Order, site-blocking, should be addressed by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC), and not by the Federal Court. Teksavvy also argued that the legal test for issuance of the order sought was not met.

[9] The Judge issued the Order after considering the following issues:

- A. Does this Court have jurisdiction to issue a site-blocking order?
- B. Should the Court decline to exercise that jurisdiction?
- C. What is the test to be applied?
- D. Have the plaintiffs met that test?
- E. On what terms should the order issue?

[10] The first four of these issues are addressed in these reasons. The last issue is not in dispute in this appeal.

### III. Parties

[11] As indicated above, the appellant is Teksavvy.

[12] The respondents are the plaintiffs and the defendants in the underlying copyright infringement action, as well as the ISPs (other than Teksavvy) who are subject to the Order. Of the respondents, only the plaintiffs

[7] L'ordonnance prévoit aussi que les demandeurs devront indemniser les FAI des coûts marginaux raisonnables liés à l'exécution de l'ordonnance (et de toute mise à jour de celle-ci) ainsi que des dommages-intérêts à payer, des dépenses et autres sommes à payer à la suite d'une plainte, d'une demande ou de toute autre procédure intentée par un tiers du fait que les FAI ont respecté l'ordonnance.

[8] Teksavvy s'est opposée à la requête au motif que l'objet de l'ordonnance, le blocage de sites Web, devrait être examiné par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) et non par la Cour fédérale. Teksavvy a également soutenu qu'il n'avait pas été satisfait au critère juridique applicable dans le cas de l'ordonnance demandée.

[9] Le juge a rendu l'ordonnance après avoir examiné les questions suivantes :

- A. La Cour a-t-elle compétence pour rendre une ordonnance de blocage de site?
- B. La Cour devrait-elle refuser d'exercer sa compétence?
- C. Quel est le critère applicable?
- D. Les demand[eurs] ont-[ils] respecté ce critère?
- E. Quelles devraient être les modalités associées à cette ordonnance?

[10] Les quatre premières questions sont examinées dans les présents motifs. La dernière question n'est pas en litige dans le présent appel.

### III. Les parties

[11] Comme il a été indiqué ci-dessus, l'appelante est Teksavvy.

[12] Les intimés sont les demandeurs et les défendeurs dans l'action sous-jacente en violation de droit d'auteur, ainsi que les FAI (sauf Teksavvy) qui sont assujettis à l'ordonnance. Parmi les intimés, seuls les demandeurs

submitted a memorandum of fact and law and made oral submissions at the hearing of this appeal.

[13] By order of Justice David Stratas dated June 24, 2020, 16 interveners were added to the appeal. They filed three memoranda in the following groups:

- A. On behalf of (i) Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy & Public Interest Clinic (CIPPIC), and (ii) the Canadian Internet Registration Authority (CIRA);
- B. On behalf of (i) Fédération Internationale des Associations de Producteurs de Films (FIAPF), (ii) Canadian Music Publishers Association, (iii) International Confederation of Music Publishers, (iv) Music Canada, (v) International Federation of the Phonographic Industry, (vi) International Publishers Association, (vii) International Association of Scientific, Technical and Medical Publishers, (viii) American Association of Publishers, (ix) The Publishers Association Limited, (x) Canadian Publishers' Council, (xi) Association of Canadian Publishers, (xii) The Football Association Premier League Limited, and (xiii) Dazn Limited; and
- C. On behalf of British Columbia Civil Liberties Association (BCCLA).

[14] At the hearing, oral submissions were received from the following six interveners or groups of interveners:

- A. CIPPIC;
- B. CIRA;
- C. BCCLA;
- D. International Publishers Association, International Association of Scientific, Technical and Medical Publishers, American Association of Publishers, The Publishers Association Limited, Canadian Publishers' Council, Association of Canadian

ont présenté un mémoire des faits et du droit et des observations orales lors de l'audience pour le présent appel.

[13] Conformément à l'ordonnance rendue le 24 juin 2020 par le juge David Stratas, 16 intervenants ont été ajoutés à l'appel. Ils ont déposé trois mémoires, selon les groupes suivants :

- A. au nom (i) de la Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada (CIPPIC) Samuelson-Glushko et (ii) de l'Autorité canadienne pour les enregistrements Internet (ACEI);
- B. au nom (i) de la Fédération Internationale des Associations de Producteurs de Films (FIAPF), (ii) de l'Association canadienne des éditeurs de musique, (iii) de la Confédération internationale des éditeurs de musique, (iv) de Music Canada, (v) de la Fédération internationale de l'industrie phonographique, (vi) de l'Union internationale des éditeurs, (vii) du Groupement international des éditeurs scientifiques, techniques et médicaux, (viii) de l'American Association of Publishers, (ix) de The Publishers Association Limited, (x) de Canadian Publishers' Council, (xi) de l'Association of Canadian Publishers, (xii) de The Football Association Premier League Limited et (xiii) de Dazn Limited;
- C. au nom de la British Columbia Civil Liberties Association (BCCLA).

[14] À l'audience, six intervenants ou groupes d'intervenants ont présenté des observations orales :

- A. la CIPPIC;
- B. l'ACEI;
- C. la BCCLA;
- D. l'Union internationale des éditeurs, le Groupement international des éditeurs scientifiques, techniques et médicaux, l'American Association of Publishers, The Publishers Association Limited, Canadian Publishers' Council, l'Association of

Publishers, The Football Association Premier League Limited, and Dazn Limited;

- E. Canadian Music Publishers Association, International Confederation of Music Publishers, Music Canada, International Federation of the Phonographic Industry; and
- F. FIAPF.

[15] The first three interveners argued in favour of the appellant. The remaining interveners argued in favour of the plaintiffs.

#### IV. Issues

[16] There are three broad issues in this appeal:

- A. Whether the Federal Court had the power to grant a site-blocking order;
- B. If so, the relevance of freedom of expression; and
- C. Whether the Order was just and equitable.

#### V. Standard of Review

[17] The Judge's decision to issue the Order was discretionary in nature. This Court should not interfere in such a decision absent an error on a question of law, or a palpable and overriding error on a question of fact or of mixed fact and law (unless the error is on an extricable question of law): *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraphs 8, 10 and 27; *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331, 142 C.P.R. (4th) 187, at paragraphs 69 and 74–79. A palpable error is one that is obvious, and an overriding error is one that goes to the very core of the outcome. When arguing palpable and overriding error, it is not enough to pull at leaves and branches and leave the tree standing. The entire tree must fall: *Canada v. South Yukon Forest Corporation*, 2012 FCA 165, 431 N.R. 286, at paragraph 46.

Canadian Publishers, The Football Association Premier League Limited et Dazn Limited;

- E. l'Association canadienne des éditeurs de musique, la Confédération internationale des éditeurs de musique, Music Canada et la Fédération internationale de l'industrie phonographique;
- F. la FIAPF.

[15] Les trois premiers intervenants ont plaidé en faveur de l'appelante. Les autres intervenants ont plaidé en faveur des demandeurs.

#### IV. Les questions en litige

[16] Le présent appel soulève trois grandes questions :

- A. La Cour fédérale avait-elle le pouvoir de rendre une ordonnance de blocage de sites?
- B. Le cas échéant, la liberté d'expression est-elle pertinente?
- C. L'ordonnance était-elle juste et équitable?

#### V. La norme de contrôle

[17] La décision du juge de rendre l'ordonnance était de nature discrétionnaire. Notre Cour n'a pas à intervenir à moins qu'elle ne conclue qu'il y a erreur sur une question de droit ou erreur manifeste et dominante sur une question de fait ou sur une question mixte de fait et de droit (sauf s'il s'agit d'une erreur sur une question de droit isolable) : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, aux paragraphes 8, 10 et 27; *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331, [2016] A.C.F. n° 943 (QL), aux paragraphes 69 et 74 à 79. L'erreur manifeste est une erreur évidente, et l'erreur dominante touche directement à l'issue de l'affaire. Lorsque l'on invoque l'erreur manifeste et dominante, on ne peut se contenter de tirer sur les feuilles et les branches et laisser l'arbre debout. On doit faire tomber l'arbre tout entier : *Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165, [2016] A.C.F. n° 669 (QL), au paragraphe 46.

VI. AnalysisA. *Whether the Federal Court had the power to grant a site-blocking order*

[18] In concluding that he was empowered to grant a site-blocking order, the Judge cited sections 4 and 44 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7:

**Federal Court — Trial Division continued**

4 The division of the Federal Court of Canada called the Federal Court — Trial Division is continued under the name “Federal Court” in English and “Cour fédérale” in French. It is continued as an additional court of law, equity and admiralty in and for Canada, for the better administration of the laws of Canada and as a superior court of record having civil and criminal jurisdiction.

...

***Mandamus, injunction, specific performance or appointment of receiver***

44 In addition to any other relief that the Federal Court of Appeal or the Federal Court may grant or award, a *mandamus*, an injunction or an order for specific performance may be granted or a receiver appointed by that court in all cases in which it appears to the court to be just or convenient to do so. The order may be made either unconditionally or on any terms and conditions that the court considers just.

[19] Section 4 provides that the Federal Court is a court of equity, and section 44 provides that the Federal Court may issue an injunction “in all cases in which it appears to the court to be just or convenient to do so.” As stated in *Google Inc. v. Equustek Solutions Inc.*, 2017 SCC 34, [2017] 1 S.C.R. 824 (*Equustek*), at paragraph 23, “[t]he powers of courts with equitable jurisdiction to grant injunctions are, subject to any relevant statutory restrictions, unlimited”.

[20] The Judge also cited subsection 34(1) of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42:

VI. AnalyseA. *La Cour fédérale avait-elle le pouvoir de rendre une ordonnance de blocage de sites?*

[18] En concluant qu’il avait le pouvoir de rendre une ordonnance de blocage de sites, le juge s’est fondé sur les articles 4 et 44 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 :

**Maintien : Section de première instance**

4 La section de la Cour fédérale du Canada, appelée la Section de première instance de la Cour fédérale, est maintenue et dénommée « Cour fédérale » en français et « Federal Court » en anglais. Elle est maintenue à titre de tribunal additionnel de droit, d’équité et d’amirauté du Canada, propre à améliorer l’application du droit canadien, et continue d’être une cour supérieure d’archives ayant compétence en matière civile et pénale.

[...]

***Mandamus, injonction, exécution intégrale ou nomination d’un séquestre***

44 Indépendamment de toute autre forme de réparation qu’elle peut accorder, la Cour d’appel fédérale ou la Cour fédérale peut, dans tous les cas où il lui paraît juste ou opportun de le faire, décerner un *mandamus*, une injonction ou une ordonnance d’exécution intégrale, ou nommer un séquestre, soit sans condition, soit selon les modalités qu’elle juge équitables.

[19] L’article 4 dispose que la Cour fédérale est une cour d’équité et l’article 44 dispose que la Cour fédérale peut décerner une injonction « selon les modalités qu’elle juge équitables ». Comme il a été indiqué dans l’arrêt *Google Inc. c. Equustek Solutions Inc.*, 2017 CSC 34, [2017] 1 R.C.S. 824 (*Equustek*), au paragraphe 23, « [TRADUCTION] “[l]es pouvoirs des tribunaux ayant compétence en équité pour accorder des injonctions sont, sous réserve de toute restriction législative pertinente, illimités »”.

[20] Le juge a également cité le paragraphe 34(1) de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 :



**Copyright**

**34 (1)** Where copyright has been infringed, the owner of the copyright is, subject to this Act, entitled to all remedies by way of injunction, damages, accounts, delivery up and otherwise that are or may be conferred by law for the infringement of a right.

[21] Accordingly, injunction is one of the remedies contemplated to address copyright infringement.

[22] Teksavvy argues that subsection 34(1) of the *Copyright Act* is a general provision that applies “subject to this Act”, and does not contemplate the specific remedy of a site-blocking order. Teksavvy argues that several provisions of the *Copyright Act* and of the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, exclude site-blocking orders from the scope of injunctions that can be issued by the courts. Teksavvy also argues that *Equustek* is distinguishable. Moreover, Teksavvy argues that, even if the Federal Court had the power to grant a site-blocking order, it should have declined to exercise that power. These arguments are addressed in the following sections.

(1) *The Copyright Act*

[23] Teksavvy notes that copyright law in Canada is wholly statutory, and that the rights and remedies provided for in the *Copyright Act* are exhaustive: *Keatley Surveying Ltd. v. Teranet Inc.*, 2019 SCC 43, [2019] 3 S.C.R. 418, 169 C.P.R. (4th) 1, at paragraph 40; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427, at paragraph 82; *Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, at paragraph 5; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339 (*CCH*), at paragraph 9.

[24] Teksavvy argues that the rights and remedies provided for in the *Copyright Act* represent a careful

**Droit d’auteur**

**34 (1)** En cas de violation d’un droit d’auteur, le titulaire du droit est admis, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, à exercer tous les recours — en vue notamment d’une injonction, de dommages-intérêts, d’une reddition de compte ou d’une remise — que la loi accorde ou peut accorder pour la violation d’un droit.

[21] Par conséquent, l’injonction est l’un des recours prévus pour régler une question de violation de droit d’auteur.

[22] Teksavvy fait valoir que le paragraphe 34(1) de la *Loi sur le droit d’auteur* est une disposition générale qui s’applique « sous réserve des autres dispositions de la présente loi » et qu’il ne vise pas le recours particulier qu’est l’ordonnance de blocage de sites. Teksavvy affirme que plusieurs dispositions de la *Loi sur le droit d’auteur* et de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, excluent les ordonnances de blocage de sites des injonctions que les tribunaux peuvent rendre. Teksavvy soutient également qu’il faut établir une distinction entre l’affaire *Equustek* et la présente affaire. En outre, Teksavvy avance que, même si la Cour fédérale avait le pouvoir de prononcer une ordonnance de blocage de sites, elle aurait dû refuser d’exercer ce pouvoir. Ces observations sont examinées dans les sections ci-après.

1) *La Loi sur le droit d’auteur*

[23] Teksavvy fait observer que le droit d’auteur au Canada tire son origine exclusivement de la loi et que les droits et recours que prévoit la *Loi sur le droit d’auteur* sont exhaustifs : *Keatley Surveying Ltd. c. Teranet Inc.*, 2019 CSC 43, [2019] 3 R.C.S. 418, [2019] A.C.S. n° 43 (QL), au paragraphe 40; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 au paragraphe 82; *Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, au paragraphe 5; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339 (*CCH*), au paragraphe 9.

[24] Teksavvy soutient que les droits et les recours prévus par la *Loi sur le droit d’auteur* représentent l’équilibre

balance by Parliament between promoting the dissemination of works and rewarding those who create them. Teksavvy focuses on Part IV of the *Copyright Act*, entitled “Remedies”, which it describes as the playbook for remedies. Though this Part IV contains a section entitled “Provisions Respecting Providers of Network Services or Information Location Tools” (covering sections 41.25 to 41.27), nothing therein (or elsewhere in the *Copyright Act*) provides explicitly for a site-blocking order.

[25] Section 41.25 provides that a copyright owner may send a notice claiming infringement to an ISP whose services are used by an infringer to infringe copyright via the Internet. Similar notices are also contemplated for “an information location tool” as defined in section 41.27—a search engine like Google. Section 41.26 provides that an ISP who receives a notice under section 41.25, and who is paid the lawful fee, shall forward the notice to the alleged infringer and keep records concerning the alleged infringer’s identity. Section 41.26 also provides that the only remedy for failure by the ISP to comply therewith is statutory damages. Section 41.26 does not apply to search engines.

[26] Section 41.27 is specific to search engines. It provides that the owner of a copyright that is infringed by a search engine by reproduction of the work, or by communicating such reproduction to the public by telecommunication, is not entitled to any remedy against the search engine other than an injunction. Section 41.27 does not apply to ISPs. Subsection 41.27(4.1) provides a list of factors that should be considered when granting an injunction against a search engine under that section. The list of factors is as follows:

**41.27 ....**

**Factors – scope of injunction**

...

délicat voulu par le législateur entre, d’une part, promouvoir la diffusion d’œuvres et, d’autre part, en rétribuer les auteurs. Teksavvy fait porter ses observations surtout sur la partie IV de la *Loi sur le droit d’auteur*, intitulée « Recours », qu’elle présente comme étant le manuel d’instructions applicable aux recours. Bien que la partie IV contienne une section intitulée « Dispositions concernant les fournisseurs de services réseau et d’outils de repérage » (qui couvre les articles 41.25 à 41.27), rien dans cette partie (ni ailleurs dans la *Loi sur le droit d’auteur*) ne porte explicitement sur les ordonnances de blocage de sites.

[25] L’article 41.25 dispose que le titulaire d’un droit d’auteur peut envoyer un avis de prétendue violation au FAI dont les services sont utilisés par une personne qui viole le droit d’auteur au moyen d’Internet. Des avis semblables sont aussi prévus pour « un outil de repérage » au sens de l’article 41.27 — un moteur de recherche comme Google. L’article 41.26 dispose que le FAI qui reçoit un avis en application de l’article 41.25 a l’obligation, moyennant paiement des droits qu’il peut exiger, de transmettre l’avis à la personne qui aurait violé le droit d’auteur et de conserver un registre concernant son identité. L’article 41.26 dispose aussi que le seul recours contre le FAI qui ne se conforme pas à cette obligation est le recouvrement des dommages-intérêts préétablis. L’article 41.26 ne s’applique pas aux moteurs de recherche.

[26] L’article 41.27 est propre aux moteurs de recherche. Il dispose que le titulaire d’un droit d’auteur ne peut obtenir qu’une injonction comme recours contre le moteur de recherche en cas de violation par ce dernier du droit d’auteur découlant de la reproduction de l’œuvre ou de la communication de la reproduction au public par télécommunication. L’article 41.27 ne s’applique pas aux FAI. Le paragraphe 41.27(4.1) énumère de facteurs que le tribunal doit prendre en considération lorsqu’il accorde une injonction visant un moteur de recherche au titre de cet article. La liste de facteurs est la suivante :

**41.27 [...]**

**Facteurs: portée de l’injonction**

[...]

(a) the harm likely to be suffered by the copyright owner if steps are not taken to prevent or restrain the infringement; and

(b) the burden imposed on the provider and on the operation of the information location tool, including

(i) the aggregate effect of the injunction and any injunctions from other proceedings,

(ii) whether implementing the injunction would be technically feasible and effective in addressing the infringement,

(iii) whether implementing the injunction would interfere with the use of the information location tool for non-infringing acts, and

(iv) the availability of less burdensome and comparably effective means of preventing or restraining the infringement.

[27] This list of factors is unremarkable. These factors, or factors like them, would merit consideration in most motions seeking an injunction against a third party.

[28] Teksavvy notes that the “notice and notice regime” contemplated in sections 41.25 and 41.26 was selected instead of the “notice and takedown” regime that had been proposed by some, and which would have placed the balance of rights more in favour of copyright owners. Teksavvy argues that Parliament’s choice to so limit the remedies available against ISPs indicates that it did not wish to grant copyright owners the more powerful remedy of site-blocking orders against ISPs.

[29] In my view, however, nothing in sections 41.25 to 41.27 of the *Copyright Act* suggests an intention to deny copyright owners the benefit of a site-blocking order, and nothing in such an order conflicts with these provisions. The fact that Parliament has put in place a regime to notify an alleged copyright infringer that its activities have come to the attention of the copyright owner

a) l’ampleur des dommages que subirait vraisemblablement le titulaire du droit d’auteur si aucune mesure n’était prise pour prévenir ou restreindre la violation;

b) le fardeau imposé au fournisseur de l’outil de repérage ainsi que sur l’exploitation de l’outil de repérage, notamment :

(i) l’effet cumulatif de cette injonction eu égard aux injonctions déjà accordées dans d’autres instances,

(ii) le fait que l’exécution de l’injonction constituerait une solution techniquement réalisable et efficace à l’encontre de la violation,

(iii) la possibilité que l’exécution de l’injonction entrave l’utilisation licite de l’outil de repérage,

(iv) l’existence de moyens aussi efficaces et moins contraignants de prévenir ou restreindre la violation.

[27] Cette liste de facteurs n’a rien de remarquable. Ces facteurs, ou des facteurs de cette sorte, mériteraient d’être examinés dans la plupart des requêtes en injonction contre une tierce partie.

[28] Teksavvy fait observer que le [TRADUCTION] « régime d’avis et avis » prévu aux articles 41.25 et 41.26 a été choisi au lieu du régime [TRADUCTION] d’« avis et retrait » qui avait été proposé par certaines personnes et qui aurait placé le point d’équilibre entre les droits de chacun plutôt du côté des titulaires de droit d’auteur. Teksavvy affirme que le choix du législateur de limiter ainsi les recours disponibles contre les FAI montre qu’il ne souhaitait pas accorder aux titulaires de droit d’auteur le recours plus puissant que sont les ordonnances de blocage de sites à l’égard des FAI.

[29] Cependant, à mon avis, rien dans les articles 41.25 à 41.27 de la *Loi sur le droit d’auteur* ne révèle l’intention de refuser aux titulaires d’un droit d’auteur l’avantage des ordonnances de blocage de sites, et rien dans ce type d’ordonnance n’est contraire à ces dispositions. Le fait que le législateur ait mis en place un régime pour aviser la personne qui aurait violé un droit d’auteur que

does not suggest that this represents a limit on the remedies to which the copyright owner is entitled. In fact, the Supreme Court of Canada in *Rogers Communications Inc. v. Voltage Pictures, LLC*, 2018 SCC 38, [2018] 2 S.C.R. 643 (*Voltage*), at paragraph 45 recognized the opposite, stating that “Parliament knew that the [notice and notice] regime was only a first step in deterring online copyright infringement, and that a copyright owner who wished to sue an alleged infringer would still be required to obtain a *Norwich* order to identify that person.” A *Norwich* order, like a site-blocking order, is a mandatory interlocutory injunction that is imposed on an ISP. It also is not explicitly provided for in the *Copyright Act*.

[30] Subsection 34(1) of the *Copyright Act* intentionally provides broad discretionary powers to address copyright infringement, including injunction. It is important to bear in mind that there is no serious doubt that the GoldTV Services infringe the plaintiffs’ copyright, or that the interim and interlocutory injunctions against the infringers directly were not respected. Accordingly, it is difficult to doubt that the remedies contemplated in subsection 34(1) of the *Copyright Act* are worthy of consideration.

[31] Moreover, there are examples in the jurisprudence of remedies for copyright infringement that are not specifically mentioned in the *Copyright Act* and that may be imposed on third parties not accused of infringement. Apart from the *Norwich* order mentioned in *Voltage*, there is the *Mareva* injunction whereby the assets of a debtor that are in the hands of a third party may be frozen to prevent dissipation. Though not related to innocent parties, the Supreme Court of Canada has also recognized other remedies related to copyright infringement that are not specifically mentioned in the *Copyright Act*: punitive damages (*Cinar Corporation v. Robinson*, 2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168) and declaratory judgment (*CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339).

ses activités ont été portées à l’attention du titulaire du droit d’auteur n’indique pas que le législateur limitait ainsi les recours dont le titulaire du droit d’auteur pouvait se prévaloir. En fait, la Cour suprême du Canada, dans l’arrêt *Rogers Communications Inc. c. Voltage Pictures, LLC*, 2018 CSC 38, [2018] 2 R.C.S. 643 (*Voltage*), au paragraphe 45, a reconnu le contraire, affirmant que le « Parlement savait que celui-ci [le régime d’avis et avis] n’était qu’une première étape dans la dissuasion de la violation en ligne du droit d’auteur, et que le titulaire du droit d’auteur qui souhaitait poursuivre une personne qui aurait violé son droit serait toujours tenu d’obtenir une ordonnance de type *Norwich* pour l’identifier ». Une ordonnance de type *Norwich*, comme une ordonnance de blocage de sites, est une injonction interlocutoire mandatoire qui est imposée au FAI. Elle n’est pas non plus explicitement prévue dans la *Loi sur le droit d’auteur*.

[30] Le paragraphe 34(1) de la *Loi sur le droit d’auteur* prévoit délibérément de vastes pouvoirs discrétionnaires pour le règlement des questions de violation du droit d’auteur, dont les injonctions. Il est important de rappeler qu’il n’y a aucun doute sérieux que les services de GoldTV violent les droits d’auteur des demandeurs ni que les injonctions provisoires et interlocutoires rendues directement contre les personnes ayant violé leurs droits n’ont pas été respectées. Par conséquent, il est difficile de douter que les recours prévus au paragraphe 34(1) de la *Loi sur le droit d’auteur* méritent d’être pris en considération.

[31] En outre, il existe dans la jurisprudence des exemples de recours exercés lors de la violation d’un droit d’auteur qui ne sont pas mentionnés expressément dans la *Loi sur le droit d’auteur* et de mesures qui peuvent être imposées à des tiers qui ne sont pas accusés d’avoir contrevenu au droit d’auteur. Outre l’ordonnance de type *Norwich* mentionnée dans l’arrêt *Voltage*, il y a l’injonction *Mareva*, par laquelle des éléments d’actif d’un débiteur qui sont entre les mains d’un tiers peuvent être gelés pour en empêcher la disparition. La Cour suprême du Canada a également reconnu, bien qu’ils ne concernent pas des parties innocentes, l’existence d’autres recours en cas de violation du droit d’auteur qui ne sont pas expressément mentionnés dans la *Loi sur le droit d’auteur* : les dommages-intérêts punitifs (*Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168) et le

[32] In my view, the possible remedies contemplated in subsection 34(1) of the *Copyright Act* include a site-blocking order. The real question is whether the site-blocking order granted in this case was appropriate in the circumstances.

(2) *The Telecommunications Act*

[33] Teksavvy argues that section 36 of the *Telecommunications Act* contemplates net neutrality by ISPs, and provides that exceptions thereto must be approved by the CRTC. This provision reads as follows:

**Content of messages**

**36** Except where the Commission approves otherwise, a Canadian carrier shall not control the content or influence the meaning or purpose of telecommunications carried by it for the public.

[34] Teksavvy argues that this provision excludes the Federal Court from ordering an ISP to block a website. The plaintiffs do not doubt the general principle of net neutrality, but they argue that section 36 of the *Telecommunications Act* does not displace the Federal Court's jurisdiction to issue a site-blocking order.

[35] The plaintiffs note that the CRTC has acknowledged that, though it may authorize site-blocking, it does not have the power to require an ISP to block a website: [*Asian Television Network International Limited, on behalf of the FairPlay Coalition – Application to disable online access to piracy websites*] Telecom Decision CRTC 2018-384, at paragraph 67. In response, Teksavvy argues that site-blocking is currently subject to a two-step process whereby the Federal Court would first issue an order that would empower the CRTC then to order that a website be blocked. Though the plaintiffs oppose this argument, it is interesting to note a passage in the Report of the House of Commons' Standing Committee on Industry, Science and Technology dated June 2019 [*Report 16: Statutory Review of the Copyright Act*, 42nd Parl., 1st Sess. (June 3,

jugement déclaratoire (*CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339).

[32] À mon avis, les recours potentiels prévus au paragraphe 34(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* incluent les ordonnances de blocage de sites. La véritable question qui se pose est de savoir si l'ordonnance de blocage de sites accordée en l'espèce était une mesure appropriée dans les circonstances.

2) *La Loi sur les télécommunications*

[33] Teksavvy soutient que l'article 36 de la *Loi sur les télécommunications* ordonne aux FAI de respecter la neutralité du Net et dispose que le CRTC doit approuver les exceptions à ce principe. Cet article est rédigé ainsi :

**Neutralité quant au contenu**

**36** Il est interdit à l'entreprise canadienne, sauf avec l'approbation du Conseil, de régir le contenu ou d'influencer le sens ou l'objet des télécommunications qu'elle achemine pour le public.

[34] Teksavvy fait valoir que cette disposition interdit à la Cour fédérale d'ordonner à un FAI de bloquer un site Web. Les demandeurs ne mettent pas en doute le principe général de la neutralité du Net, mais ils soutiennent que l'article 36 de la *Loi sur les télécommunications* ne l'emporte pas sur la compétence de la Cour fédérale de rendre des ordonnances de blocage de sites.

[35] Les demandeurs font observer que le CRTC a reconnu que, bien qu'il puisse autoriser le blocage d'un site, il n'a pas le pouvoir d'exiger du FAI qu'il bloque un site Web : [*Asian Television Network International Limited, au nom de la coalition Franc-Jeu Canada – Demande en vue de désactiver l'accès en ligne à des sites de piratage*] décision de télécom CRTC 2018-384, au paragraphe 67. Teksavvy répond qu'à l'heure actuelle, le blocage de sites est assujéti à un processus en deux étapes où la Cour fédérale devrait d'abord rendre une ordonnance qui habiliterait le CRTC à ordonner le blocage d'un site Web. Bien que les demandeurs ne souscrivent pas à cette observation, il est intéressant de noter un passage dans le rapport du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes daté

2019)]. Page 94 thereof appears to indicate that three of the respondents in the present appeal (or affiliates thereof)—BCE, Shaw and TELUS—agreed in submissions before that Committee that such a two-step process was indeed necessary, and that the *Telecommunications Act* should be amended to address this “unnecessary duplication of processes”.

[36] In my view, the general wording of section 36 of the *Telecommunications Act* does not displace the Federal Court’s equitable powers of injunction, including the power to impose a site-blocking order. The wording of section 36 would have to be more explicit to have that effect, especially if it were to give rise to the awkward two-step process described in the previous paragraph. Section 36 prohibits a Canadian carrier, including an ISP, from “control[ing] the content or influenc[ing] the meaning or purpose of telecommunications carried by it for the public.” I agree with the plaintiffs’ argument that complying with a court-ordered injunction does not amount to controlling or influencing. On the contrary, it is the ISP that is being controlled or influenced by the Order.

[37] It is also notable that the majority of the Supreme Court in *Equustek* found that Google’s “content neutral character” was not an impediment to the de-indexing order granted in that case: *Equustek*, at paragraph 49. Though Google was not subject to section 36 of the *Telecommunications Act*, neutrality was nevertheless considered and found not to be an obstacle.

(3) Whether *Equustek* can be distinguished

[38] Teksavvy argues several grounds on which the facts in the present case are distinguishable from those in *Equustek*. First, Teksavvy argues that *Equustek* involved trademarks and trade secrets rather than copyright. Unlike trademark and trade secrets, and as indicated above, legal rights in copyright exist only by statute. Where the

de juin 2019 [*Rapport 16 : Examen prévu par la loi de la Loi sur le droit d’auteur*, 42<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess. (3 juin 2019)]. À la page 104 de ce rapport, il semble être indiqué que trois des intimés dans le présent appel (ou leurs sociétés affiliées), BCE, Shaw et TELUS, ont convenu, dans les observations présentées à ce Comité, qu’un tel processus en deux étapes était en effet nécessaire et que la *Loi sur les télécommunications* devrait être modifiée afin de régler ce « dédoublement inutile de la procédure ».

[36] À mon avis, le libellé général de l’article 36 de la *Loi sur les télécommunications* ne l’emporte pas sur les pouvoirs en equity de la Cour fédérale lui permettant d’accorder des injonctions, y compris le pouvoir de rendre une ordonnance de blocage de sites. Il aurait fallu que le libellé de l’article 36 soit plus explicite pour avoir cet effet, surtout s’il devait créer la procédure encombrante en deux étapes décrite au paragraphe précédent. L’article 36 interdit à toute entreprise canadienne, dont les FAI, « de régir le contenu ou d’influencer le sens ou l’objet des télécommunications qu’elle achemine pour le public ». Je souscris à l’observation des demandeurs selon laquelle se conformer à une injonction prononcée par la Cour ne revient pas à régir ou à influencer les télécommunications. Au contraire, c’est le FAI qui est régi ou influencé par l’ordonnance.

[37] Il convient aussi de souligner que la Cour suprême a conclu à la majorité dans l’arrêt *Equustek* que le « caractère neutre sur le plan du contenu » de Google ne constituait pas un obstacle à l’ordonnance de délistage accordée dans cette affaire : *Equustek*, au paragraphe 49. Bien que Google n’ait pas été assujettie à l’article 36 de la *Loi sur les télécommunications*, on a néanmoins examiné la neutralité et il a été conclu qu’elle ne constituait pas un obstacle.

3) Y a-t-il une distinction entre l’affaire *Equustek* et la présente affaire?

[38] Teksavvy fait valoir plusieurs motifs pour lesquels il faut établir une distinction entre les faits en l’espèce et ceux dans l’affaire *Equustek*. Premièrement, Teksavvy affirme que l’affaire *Equustek* concernait les marques de commerce et les secrets commerciaux plutôt que le droit d’auteur. Contrairement aux marques de commerce et

common law may provide certain remedies regarding trademarks and trade secrets, Teksavvy argues, all remedies regarding copyright must be contemplated by statute.

[39] In my view, *Equustek* should not be distinguished on the basis that it involved trademarks and trade secrets rather than copyright. As indicated above, subsection 34(1) the *Copyright Act* does provide for “all remedies by way of injunction” where copyright has been infringed. This provision gives a court of equity like the Federal Court broad powers to impose injunctions to remedy copyright infringement. Moreover, though the Supreme Court in *Equustek* mentioned trademarks and trade secrets as the legal rights in issue, it is clear that copyright infringement was also in issue in the action underlying that decision. The decision following trial in the underlying action, *Equustek Solutions Inc. v. Jack*, 2020 BCSC 793, 325 A.C.W.S. (3d) 260, identified breaches of the *Copyright Act* as being among the wrongful acts alleged. Paragraphs 259 to 286 of that decision were devoted to that issue, which concerned reproduction of a product manual and application notes.

[40] A second ground that Teksavvy asserts to distinguish *Equustek* is that the site-blocking order at issue in the present appeal is more intrusive than the de-indexing order that was discussed in *Equustek*. I recognize that a site-blocking order denies access to a website, whereas a de-indexing order merely removes one tool for finding a website. However, I see no reason that *Equustek* should not be considered an authority for granting a mandatory injunction other than a de-indexing order against a third party not accused of wrongdoing. In my view, *Equustek* is good authority for the availability of a site-blocking order. The circumstances of each case must be considered to determine whether and what type of injunction may be appropriate. Though there are questions as to the effectiveness of a site-blocking order in

aux secrets commerciaux, et comme cela a été indiqué plus haut, les droits d’auteur ne tirent leur origine que de la loi. Teksavvy soutient qu’alors que la common law peut offrir certains recours en matière de marques de commerce et de secrets commerciaux, tous les recours relatifs au droit d’auteur doivent être prévus par la loi.

[39] À mon avis, il n’y a pas lieu d’établir une distinction entre l’affaire *Equustek* et la présente affaire au motif que la première concernait les marques de commerce et les secrets commerciaux plutôt que les droits d’auteur. Comme on l’a indiqué plus haut, le paragraphe 34(1) de la *Loi sur le droit d’auteur* prévoit « tous les recours – en vue d’une injonction » en cas de violation d’un droit d’auteur. Cette disposition confère à une cour d’équité comme la Cour fédérale de vastes pouvoirs de prononcer des injonctions dans les recours pour violation du droit d’auteur. En outre, bien que la Cour suprême, dans l’arrêt *Equustek*, ait mentionné que les droits en litige concernaient les marques de commerce et les secrets commerciaux, il est évident que la violation du droit d’auteur était également en litige dans l’action à l’origine de cet arrêt. Dans la décision rendue après l’instruction de l’action sous-jacente, *Equustek Solutions Inc. v. Jack*, 2020 BCSC 793, 325 A.C.W.S. (3d) 260, on a conclu que, parmi les actes reprochés, il y avait eu violation de la *Loi sur le droit d’auteur*. Les paragraphes 259 à 286 de cette décision étaient consacrés à cette question, qui portait sur la reproduction d’un livret d’instructions et de consignes d’utilisation produit.

[40] Teksavvy affirme qu’un deuxième motif qui établit une distinction entre l’affaire *Equustek* et la présente affaire est que l’ordonnance de blocage de sites en l’espèce est plus intrusive que l’ordonnance de délistage examinée dans l’affaire *Equustek*. Je reconnais qu’une ordonnance de blocage de sites interdit l’accès à un site Web, tandis qu’une ordonnance de délistage supprime une façon de trouver un site Web. Cependant, je ne vois aucune raison pour laquelle l’arrêt *Equustek* ne pourrait être considéré comme un précédent dans le cas d’injonctions mandatoires autres que des ordonnances de délistage à l’égard d’un tiers qui n’est pas accusé d’avoir commis un acte répréhensible. À mon avis, l’arrêt *Equustek* est un précédent solide étayant l’existence du recours qu’est l’ordonnance de blocage de sites. Il faut

the circumstances of this case, as well as whether less intrusive alternatives were available, those questions should be considered in determining whether such an order should be granted here, not to whether a court has the power to grant such an order at all.

[41] A third ground argued by Teksavvy to distinguish *Equustek* concerns the extent of previous unsuccessful efforts to address ongoing infringement in *Equustek* as compared to the present case. In *Equustek*, the Supreme Court discussed many such efforts over a couple of years before the motion for an injunction against Google. These efforts included injunctions against the infringers and efforts to locate them. Teksavvy notes that the motion in question in the present appeal was filed just 13 days after the underlying action was commenced, and only six days after the interim injunction against the defendants was granted. Teksavvy argues that the plaintiffs did not adduce any evidence of meaningful efforts to identify, locate and engage directly with the defendants.

[42] As with the previous ground asserted by Teksavvy to distinguish *Equustek*, the issue of previous unsuccessful efforts to address infringement without a site-blocking order should be considered among the circumstances relevant to whether such an order should be granted in this case. It is not a basis to dismiss *Equustek* as an authority in this case or to find that the Federal Court did not have the power to make a site-blocking order at all. Where, in an action against an anonymous defendant, a court can be convinced that said defendant has and will maintain its anonymity and ignore an injunction against it, it would seem pointless and unfair to require that the plaintiff jump through certain hoops and wait a certain time to confirm what it already knows, and

tenir compte des circonstances propres à chaque affaire pour déterminer s'il convient d'accorder une injonction et, le cas échéant, de quel type. Bien qu'en l'espèce il y ait des questions quant à l'efficacité de l'ordonnance de blocage de sites ainsi qu'à l'existence de solutions moins intrusives, ces questions doivent être prises en compte lorsque le tribunal décide s'il convient d'accorder une telle ordonnance en l'espèce, et non lorsqu'il établit s'il a le pouvoir d'accorder cette ordonnance.

[41] Un troisième motif invoqué par Teksavvy pour établir une distinction entre l'affaire *Equustek* et la présente affaire concerne l'ampleur des efforts infructueux qui avaient été déployés auparavant pour mettre fin à la violation du droit d'auteur en cours dans l'affaire *Equustek*, comparativement à la présente affaire. Dans l'arrêt *Equustek*, la Cour suprême a examiné bon nombre des efforts qui ont été déployés durant les quelques années précédant le dépôt de la requête en injonction contre Google. Ces efforts ont notamment consisté en des injonctions prononcées à l'encontre des personnes ayant violé les droits d'auteur et en des efforts pour trouver ces personnes. Teksavvy fait observer que, dans le présent appel, la requête a été déposée seulement 13 jours après qu'a été intentée l'action sous-jacente et seulement six jours après qu'a été accordée l'injonction provisoire à l'égard des défendeurs. Teksavvy affirme que les demandeurs n'ont pas produit d'éléments de preuve attestant d'efforts significatifs qui ont été déployés pour identifier les défendeurs, les trouver et entrer en communication directement avec eux.

[42] Comme pour le motif précédent invoqué par Teksavvy pour établir une distinction entre l'affaire *Equustek* et la présente affaire, la question des efforts infructueux déployés auparavant pour mettre fin à la violation du droit d'auteur sans recourir à l'ordonnance de blocage de sites est à examiner en même temps que les circonstances pertinentes devant être prises en considération pour déterminer si une telle ordonnance devrait être accordée en l'espèce. Ce n'est pas un motif justifiant que l'arrêt *Equustek* ne soit pas considéré comme un précédent faisant autorité ou que l'on conclue que la Cour fédérale n'avait pas le pouvoir de rendre une ordonnance de blocage de sites. Lorsque, dans une action intentée contre un défendeur anonyme, le tribunal peut



the court already accepts, before seeking an injunction against a third party.

[43] A final thought on *Equustek* concerns an argument by Teksavvy that a site-blocking order is inappropriate in this case because “it is essentially a final remedy more powerful than anything the [plaintiffs] could obtain at the end of trial.” Teksavvy argues that interlocutory relief will not normally be granted where there is no prospect for a specific remedy being granted at trial, and that the recognized list of exceptions to this rule should not be expanded without due consideration. I note that this argument was not sufficient to stop the de-indexing order in *Equustek*. As Teksavvy notes, the dissent in *Equustek* (see paragraph 63) was convinced that such an order should not be granted because it gave the plaintiff more than it sought in its original claim, and eroded the plaintiff’s remaining incentive to proceed with the underlying action. In my view, this argument, made before the Supreme Court and dismissed by the majority, must be likewise dismissed in this Court. It is also notable that the Order in the present appeal is subject to an additional provision that it terminates two years after its issuance.

- (4) Should the Judge have declined to grant the Order

[44] Teksavvy argues various reasons that the Judge should have declined to grant the Order. These include questions concerning the effectiveness of a site-blocking order, the need for amendments, and the extent of the plaintiffs’ efforts to address the infringement without a site-blocking order, including resort to the notice of claimed infringement remedy provided for in section 41.25 of the *Copyright Act*. For the reasons

être convaincu que ce défendeur est et demeurera anonyme et qu’il ne tiendra aucun compte de l’injonction prononcée contre lui, il serait inutile et injuste d’exiger que le demandeur franchisse certaines épreuves pour la forme et patiente un certain temps pour confirmer ce qu’il sait, et ce que le tribunal reconnaît déjà, avant de demander une injonction à l’encontre d’un tiers.

[43] Une dernière réflexion sur l’arrêt *Equustek*. Teksavvy soutient que l’ordonnance de blocage de sites ne convient pas en l’espèce, car [TRADUCTION] « il s’agit essentiellement d’un dernier recours plus puissant que tout ce que les [demandeurs] pourraient obtenir à l’issue du procès ». Teksavvy fait valoir qu’une mesure interlocutoire ne sera normalement pas accordée s’il n’y a aucune chance qu’une mesure particulière soit ordonnée à l’issue du procès et que la liste reconnue d’exceptions à cette règle ne devrait pas être élargie sans que la question soit dûment examinée. Je prends note que cet argument n’a pas suffi pour empêcher l’ordonnance de délistage dans l’affaire *Equustek*. Comme Teksavvy l’a indiqué, le juge dissident dans l’arrêt *Equustek* (voir au paragraphe 63) était convaincu qu’il ne fallait pas accorder de telle ordonnance, car cette ordonnance accordait à la demanderesse une réparation allant au-delà de celle qu’elle avait sollicitée dans sa demande initiale et érodait davantage toute motivation que pourrait encore avoir la demanderesse à donner suite à l’action sous-jacente. À mon avis, cet argument, qui a été invoqué devant la Cour suprême et rejeté par la majorité, doit également être rejeté par notre Cour. Il convient aussi de faire observer que l’ordonnance en l’espèce est assujettie à une modalité supplémentaire prévoyant qu’elle cessera d’avoir effet deux ans après son prononcé.

- 4) Le juge aurait-il dû refuser d’accorder l’ordonnance?

[44] Teksavvy fait valoir plusieurs motifs selon lesquels le juge aurait dû refuser d’accorder l’ordonnance, dont des questions concernant l’efficacité des ordonnances de blocage de sites, la nécessité d’apporter des modifications et l’ampleur des efforts déployés par les demandeurs pour mettre fin à la violation du droit d’auteur sans ordonnance de blocage de sites, par exemple le recours au mécanisme de l’avis de prétendue violation

mentioned in the paragraphs above, these issues are more appropriately considered below in discussion of whether the Order was just and equitable.

#### (5) Conclusion

[45] On the basis of rules 4 and 44 of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106], as well as subsection 34(1) of the *Copyright Act*, and finding no legal obstacles, I conclude that the Federal Court was correct in finding that it had the power to grant the Order.

#### B. *Freedom of Expression*

[46] The *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter) includes paragraph 2(b) which states that, among other fundamental freedoms, everyone has the right to freedom of expression. Section 1 of the Charter provides that the freedoms set out therein, including the freedom of expression, are subject to “such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.”

[47] The issue of freedom of expression was argued on the basis of four sub-issues:

- A. Whether the freedom of expression defined in the Charter is engaged by the Order;
- B. If so, whether freedom of expression is infringed by the Order,
- C. If so, whether such infringement is justified under section 1 of the Charter, and
- D. Whether the Judge’s consideration of freedom of expression was adequate.

prévu à l’article 41.25 de la *Loi sur le droit d’auteur*. Pour les motifs exposés dans les paragraphes ci-dessus, il est plus judicieux d’examiner ces questions plus loin, dans l’analyse de la question de savoir si l’ordonnance était juste et équitable.

#### 5) Conclusion

[45] Je conclus, sur le fondement des règles 4 et 44 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106], ainsi que du paragraphe 34(1) de la *Loi sur le droit d’auteur* et parce que je ne constate aucun obstacle juridique, que la Cour fédérale a conclu à juste titre qu’elle avait le pouvoir d’accorder l’ordonnance.

#### B. *La liberté d’expression*

[46] La *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte), comprend l’alinéa 2b), qui dispose que, entre autres libertés fondamentales, chacun a droit à la liberté d’expression. L’article 1 de la Charte dispose que les libertés qui y sont énoncées, notamment la liberté d’expression, ne peuvent être restreintes que « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique ».

[47] Les observations sur la question de la liberté d’expression ont été présentées en fonction des quatre sous-questions suivantes :

- A. Le droit à la liberté d’expression prévu dans la Charte joue-t-il dans l’ordonnance?
- B. Si oui, l’ordonnance porte-t-elle atteinte à la liberté d’expression?
- C. Si oui, s’agit-il d’une atteinte justifiée au regard de l’article 1 de la Charte?
- D. Le juge a-t-il bien pris en considération la liberté d’expression?

[48] Teksavvy argues that the scope of freedom of expression is very broad, and cites *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, (1989), 25 C.P.R. (3d) 417 (*Irwin Toy*), in support. Indeed, the majority of the Supreme Court of Canada concluded at pages 968–970 [S.C.R.] that activity that conveys meaning is expressive regardless of the content or meaning being conveyed, and such activity *prima facie* falls within the guaranteed freedom. The content of protected expression can be conveyed through an infinite variety of forms of expression such as written or spoken words or physical gestures or acts, though the majority in *Irwin Toy* excluded violent expression from protection. Commercial expression is not excluded: *Irwin Toy*, at page 971.

[49] Teksavvy argues that the Order affects the freedom of expression of two groups: the ISPs who are required to block certain websites, and their customers who would otherwise have access to those websites. Paragraph 2(b) of the Charter protects listeners as well as speakers: *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at paragraph 41; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at page 767, (1988), 90 N.R. 84 [at paragraph 59].

[50] I have difficulty accepting that ISPs like Teksavvy engage in any expressive activity when they provide their customers with access to certain websites. As Teksavvy itself has argued, it acts as a common carrier subject to an obligation of net neutrality. As such, it should not, and presumably does not, show any preference for one website over another based on its content. In this sense, its everyday activities in question are not expressive and therefore do not engage freedom of expression. That said, I accept that Teksavvy’s customers could have an expressive interest that is implicated by the Order.

[51] Teksavvy also argues that the Order infringes freedom of expression since it denies Teksavvy’s customers access to the GoldTV Services, and such infringement is not justified under section 1 of the Charter.

[48] Teksavvy soutient que la portée du droit à la liberté d’expression est très large, et elle invoque l’arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 1989 CanLII 87 (*Irwin Toy*), à l’appui de cette observation. En effet, la Cour suprême du Canada a conclu à la majorité, aux pages 968 à 970, qu’une activité qui transmet une signification est expressive, indépendamment du contenu ou de la signification qui sont transmis, et que cette activité relève à première vue de la liberté garantie. Le contenu de l’expression protégée peut être transmis par une variété infinie de formes d’expression, par exemple l’écrit et le discours ou les gestes et les actes, bien que la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Irwin Toy*, à la majorité, ait exclu la violence des formes d’expression protégées. L’expression commerciale n’est pas exclue : *Irwin Toy*, à la page 971.

[49] Teksavvy soutient que l’ordonnance a une incidence sur la liberté d’expression de deux groupes : les FAI qui sont obligés de bloquer certains sites Web et leurs clients qui sinon auraient accès à ces sites Web. L’alinéa 2b) de la Charte protège autant celui qui s’exprime que celui qui écoute : *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, au paragraphe 41; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, à la page 767, 1988 CanLII 19 [au paragraphe 59].

[50] J’ai de la difficulté à croire que des FAI comme Teksavvy se livrent à une activité expressive lorsqu’ils fournissent à leurs clients l’accès à certains sites Web. Comme Teksavvy l’a elle-même soutenu, ses activités sont celles d’une entreprise de télécommunication assujettie à l’obligation de la neutralité du Net. À ce titre, elle ne doit pas manifester de préférence pour un site Web plutôt qu’un autre en fonction de son contenu, et elle ne le fait vraisemblablement pas. En ce sens, ses activités quotidiennes ne sont pas expressives et, par conséquent, elles ne font pas jouer la liberté d’expression. Cela dit, je reconnais que l’ordonnance pourrait toucher les intérêts de nature expressive des clients de Teksavvy.

[51] Teksavvy fait aussi valoir que l’ordonnance porte atteinte à la liberté d’expression puisqu’elle interdit aux clients de Teksavvy d’accéder aux services de GoldTV et que cette atteinte n’est pas justifiée au regard de l’article 1 de la Charte.

[52] The plaintiffs argue that Charter rights are not engaged in this case because (i) the activities in question are unlawful, and (ii) the Order concerns a private dispute and not an act of government.

[53] In my view, it is not necessary to decide whether the Charter is engaged and, if so, whether freedom of expression is infringed. In considering the issue of freedom of expression in the context of a particular equitable remedy, it was not necessary for the Judge to engage in a detailed Charter rights analysis separate and distinct from the balance of convenience analysis that is already to be considered. This is clear from the decision in *Equustek* in which the majority engaged in no such separate Charter rights analysis.

[54] It is relevant here to note again Teksavvy's argument that the injunction in issue in *Equustek* (a de-indexing order) was less intrusive than the site-blocking order in issue here. This point is debatable since the former applied outside Canada's borders, whereas the latter is limited to Canada. In any case, the intrusiveness of the injunction was merely one of the circumstances to be considered by the Judge in determining whether to issue the Order. The role of this Court on appeal is to determine whether, in view of the applicable standard of review, the Judge made a reviewable error in his analysis. Most of the discussion on that issue is found in the next section concerning whether the Order was just and equitable. However, it is convenient to discuss here the issue of the adequacy of the judge's analysis of freedom of expression.

[55] Teksavvy argues that the Judge's consideration of the freedom of expression issue was inadequate. The Judge's analysis of this issue was indeed brief. At paragraph 69 of his reasons, at the beginning of his balance of convenience analysis, he noted Teksavvy's argument that "site-blocking is an extreme measure that risks inadvertently stifling free expression by blocking legitimate content." At paragraph 95, he noted Teksavvy's argument that the Order would negatively impact the

[52] Les demandeurs soutiennent que les droits garantis par la Charte ne jouent pas en l'espèce, car (i) les activités en question sont illégales et (ii) l'ordonnance concerne un litige privé et non un acte du gouvernement.

[53] À mon avis, il n'est pas nécessaire de décider si la Charte joue et, le cas échéant, s'il y a atteinte à la liberté d'expression. Il n'était pas nécessaire que le juge, lorsqu'il a examiné la question de la liberté d'expression dans le contexte d'un recours précis en equity, procède à une analyse détaillée des droits garantis par la Charte distincte de l'analyse de la prépondérance des inconvénients à laquelle il fallait procéder. C'est ce qui ressort clairement de l'arrêt *Equustek*, où les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada n'ont pas procédé à une analyse distincte des droits garantis par la Charte.

[54] En l'espèce, il est pertinent de mentionner une nouvelle fois l'observation de Teksavvy selon laquelle l'injonction en question dans l'affaire *Equustek* (une ordonnance de délistage) était moins intrusive que l'ordonnance de blocage de sites en cause en l'espèce. Cette observation est discutable étant donné que la première s'appliquait à l'extérieur du Canada, tandis que l'effet de la seconde est confiné au Canada. Quoi qu'il en soit, le caractère intrusif de l'injonction était simplement l'une des circonstances dont le juge devait tenir compte pour décider s'il fallait rendre l'ordonnance. En appel, le rôle de notre Cour est de déterminer si, au vu de la norme de contrôle applicable, le juge a commis une erreur susceptible de contrôle dans son analyse. La majeure partie de l'analyse de cette question se trouve dans la prochaine section, qui porte sur la question de savoir si l'ordonnance était juste et équitable. Cependant, il est pratique d'examiner ici de la question du caractère suffisant de l'analyse de la liberté d'expression à laquelle a procédé le juge.

[55] Teksavvy affirme que l'examen qu'a fait le juge de la question de la liberté d'expression n'était pas suffisant. L'analyse du juge sur la question était en effet brève. Au paragraphe 69 de ses motifs, au début de son analyse de la prépondérance des inconvénients, il a mentionné l'observation de Teksavvy selon laquelle « le blocage de sites est une mesure extrême risquant de porter atteinte à la liberté d'expression par inadvertance en bloquant du contenu légitime ». Au paragraphe 95, il a pris

individual freedom of expression rights of ISP customers. Finally, at paragraph 97, the Judge concluded that:

.... in the face of a strong *prima facie* case of ongoing infringement and a draft order that seeks to limit blocking to unlawful sites and incorporates processes to address inadvertent over-blocking that neither net neutrality nor freedom of expression concerns tip the balance against granting the relief sought. As has been previously noted by the Supreme Court of Canada, albeit in a different context, the jurisprudence has not, to date, accepted that freedom of expression requires the facilitation of unlawful conduct (*Equustek* at para 48).

[56] Though Teksavvy might have wished for a different result, or at least a more fulsome analysis of freedom of expression, I cannot agree that the Judge's analysis on this issue was inadequate. That analysis noted Teksavvy's concerns for ISPs' customers' freedom of expression rights, and concluded that, in view of the undisputed, ongoing infringement and measures to limit over-blocking, those concerns did not tip the balance against the Order.

[57] I take additional comfort in this view from a comparison to the extent of the freedom of expression analysis by the majority in *Equustek*. There, freedom of expression was likewise considered briefly as part of the balance of convenience analysis. The majority bracketed its discussion of freedom of expression by stating at paragraph 45:

... I do not see freedom of expression issues being engaged in any way that tips the balance of convenience towards Google in this case ....

and at paragraph 49:

.... Even if it could be said that the injunction engages freedom of expression issues, this is far outweighed by the need to prevent the irreparable harm that would result

note de l'observation de Teksavvy selon laquelle l'ordonnance aurait des répercussions négatives sur le droit personnel des clients des FAI à la liberté d'expression. Enfin, au paragraphe 97, le juge a conclu ce qui suit :

[...] compte tenu de la solide preuve *prima facie* en l'espèce de la contrefaçon continue et du projet d'ordonnance visant à limiter le blocage aux sites illégaux et intégrant des processus afin d'éviter le surblocage involontaire, que les préoccupations relatives à la neutralité du Net et à la liberté d'expression ne jouent pas contre l'octroi de la mesure de redressement demandée. Comme l'a déjà fait remarquer la Cour suprême du Canada, quoique dans un contexte différent, la jurisprudence n'a pas reconnu jusqu'à maintenant que la liberté d'expression exige qu'on facilite une conduite illégale (*Equustek*, au paragraphe 48).

[56] Même si Teksavvy aurait pu souhaiter une autre issue, ou à tout le moins une analyse plus approfondie de la liberté d'expression, je ne peux pas souscrire à l'observation selon laquelle l'analyse du juge sur cette question n'était pas suffisante. Dans cette analyse, il a été pris note des préoccupations de Teksavvy à l'égard du droit à la liberté d'expression des clients des FAI et il a été conclu que, compte tenu de la violation incontestée du droit d'auteur en cours et des mesures visant à limiter le surblocage, ces préoccupations ne faisaient pas pencher la balance contre l'ordonnance.

[57] Ma conclusion est en outre étayée par la comparaison avec l'ampleur de l'analyse de la liberté d'expression effectuée par les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Equustek*. Dans cet arrêt, la liberté d'expression a également été examinée brièvement dans le cadre de l'analyse de la prépondérance des inconvénients. Les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada ont encadré sa discussion sur la liberté d'expression en affirmant ce qui suit au paragraphe 45 :

[...] je ne crois que de telles questions font pencher la balance en faveur de Google en l'espèce [...]

et ce qui suit au paragraphe 49 :

[...] Même si on pouvait dire que l'injonction soulève des questions relatives à la liberté d'expression, celles-ci sont largement contrebalancées par la nécessité d'empêcher le

from Google’s facilitating [the infringer’s] breach of court orders.

[58] Analysis of freedom of expression was similarly brief in the courts below in *Equustek*.

[59] Though it remains to consider whether the Judge made any reviewable error in his balancing analysis overall (including the issue of freedom of expression), that is for discussion in the next section. I am not convinced that the Judge’s analysis was inadequate.

### C. Whether the Order was just and equitable

[60] The legal test applicable in a case like this was discussed in *Equustek*, at paragraph 25:

*RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, sets out a three-part test for determining whether a court should exercise its discretion to grant an interlocutory injunction: is there a serious issue to be tried; would the person applying for the injunction suffer irreparable harm if the injunction were not granted; and is the balance of convenience in favour of granting the interlocutory injunction or denying it. The fundamental question is whether the granting of an injunction is just and equitable in all of the circumstances of the case. This will necessarily be context-specific.

[61] It is relevant here to reproduce the following comments from the Supreme Court in *R. v. Canadian Broadcasting Corp.*, 2018 SCC 5, [2018] 1 S.C.R. 196 (CBC), at paragraph 13, after it described the test in *RJR — MacDonald*:

This general framework is, however, just that — general. (Indeed, in *RJR — MacDonald*, the Court identified two exceptions which may call for “an extensive review of the merits” at the first stage of the analysis.) In this case, the parties have at every level of court agreed that, where a *mandatory* interlocutory injunction is sought, the appropriate inquiry at the first stage of the *RJR —*

préjudice irréparable qui découlerait du fait que Google facilite la violation par [l’auteur de la violation] des ordonnances judiciaires.

[58] Les tribunaux des instances inférieures dans l’affaire *Equustek* ont également présenté des analyses de la liberté qui étaient brèves.

[59] Il reste toutefois à examiner la question de savoir si le juge a commis une erreur susceptible de contrôle dans son analyse générale où il a mis tous les éléments en balance (dont la question de la liberté d’expression). Cette question est examinée dans la section suivante. Je ne suis pas convaincu que l’analyse du juge était insuffisante.

### C. L’ordonnance était-elle juste et équitable?

[60] Le critère juridique applicable dans une affaire comme celle en l’espèce a été examiné dans l’arrêt *Equustek*, au paragraphe 25 :

L’arrêt *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, établit le critère à trois volets suivant pour déterminer si un tribunal devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d’octroyer une injonction interlocutoire : existe-t-il une question sérieuse à juger, la personne sollicitant l’injonction subirait-elle un préjudice irréparable si cette mesure n’était pas accordée et la prépondérance des inconvénients favorise-t-elle l’octroi ou le refus de l’injonction interlocutoire? Il s’agit essentiellement de savoir si l’octroi d’une injonction est juste et équitable eu égard à l’ensemble des circonstances de l’affaire. La réponse à cette question dépendra nécessairement du contexte.

[61] En l’espèce, il est pertinent de reproduire les observations suivantes formulées par la Cour suprême dans l’arrêt *R. c. Société Radio-Canada*, 2018 CSC 5, [2018] 1 R.C.S. 196 (SRC), au paragraphe 13, après qu’elle eut présenté le critère énoncé dans l’arrêt *RJR — MacDonald* :

Ce cadre d’analyse n’est toutefois que général. (En effet, dans *RJR — MacDonald*, la Cour a cerné deux exceptions qui pourraient commander un « examen plus approfondi du fond d’une affaire » à la première étape de l’analyse.) Dans le présent litige, les parties ont convenu à chaque palier judiciaire que, lorsqu’une injonction interlocutoire *mandatoire* est sollicitée, la question à trancher à

*MacDonald* test is into whether the applicants have shown a strong *prima facie* case. I note that this heightened threshold was not applied by this Court in upholding such an injunction in *Google Inc. v. Equustek Solutions Inc.* In *Google*, however, the appellant did not argue that the first stage of the *RJR — MacDonald* test should be modified. Rather, the appellant agreed that only a “serious issue to be tried” needed to be shown and therefore the Court was not asked to consider whether a heightened threshold should apply. By contrast, in this case, the application by the courts below of a heightened threshold raises for the first time the question of just what threshold ought to be applied at the first stage where the applicant seeks a mandatory interlocutory injunction. [Footnotes omitted.]

[62] Just as in *Equustek*, Teksavvy did not argue before the Judge that the higher threshold of strong *prima facie* case should apply in this case. But they make that argument before this Court, and the plaintiffs agree that the higher threshold applies.

[63] I turn now to the elements of the analysis.

(1) Strong *prima facie* case

[64] As indicated, there is no dispute that, for the first prong of his analysis, the Judge should have considered the threshold of strong *prima facie* case rather than the lower threshold of serious issue to be tried. It is clear that the Judge would have found that this part of the test was met even at the higher threshold, since he stated explicitly at paragraph 57 of his decision that the evidence disclosed a strong *prima facie* case of copyright infringement by the defendants.

[65] CIPPIC argues that it was not sufficient for the Judge to merely state its conclusion that the plaintiffs have a strong *prima facie* case. I disagree. I see no basis on which there could be any doubt that the defendants have and continue to infringe the plaintiffs’ rights in copyright. The plaintiffs have alleged that they have rights that are being infringed, and have provided evidence to that effect,

la première étape du test énoncé dans *RJR — MacDonald* était celle de savoir si les demandeurs ont établi une forte apparence de droit. J’observe que ce seuil plus exigeant n’a pas été appliqué par la Cour lorsqu’elle a maintenu une telle injonction dans *Google Inc. c. Equustek Solutions Inc.* Dans cet arrêt, l’appelante n’avait toutefois pas plaidé que la première étape du test énoncé dans *RJR — MacDonald* devait être modifiée. Elle avait plutôt reconnu qu’il suffisait de prouver l’existence d’une « question sérieuse à juger », de sorte que la Cour n’a pas été appelée à se pencher sur l’opportunité d’appliquer un seuil plus élevé. En revanche, en l’espèce, l’application par les tribunaux d’instances inférieures d’un seuil plus élevé pose pour la première fois la question du seuil qui devrait être effectivement appliqué à la première étape, lorsque le demandeur sollicite une injonction interlocutoire mandatoire. [Notes en pas de page omises.]

[62] Au même titre que dans l’affaire *Equustek*, Teksavvy n’a pas soutenu devant le juge que le seuil plus exigeant de la forte apparence de droit devait s’appliquer en l’espèce. Cependant, elle fait valoir cet argument devant notre Cour et les demandeurs sont d’accord que le seuil plus exigeant s’applique.

[63] Je passe maintenant à l’examen des éléments de l’analyse.

1) La forte apparence de droit

[64] Comme il a été indiqué, il n’est pas contesté que, pour le premier volet de son analyse, le juge aurait dû appliquer le seuil de la forte apparence de droit plutôt que le seuil moins exigeant de la question sérieuse à trancher. De toute évidence, le juge aurait conclu qu’il était satisfait à cette partie du critère même s’il avait appliqué le seuil plus exigeant, étant donné qu’il a déclaré explicitement, au paragraphe 57 de sa décision, qu’il existait à première vue une preuve solide qu’il y avait violation du droit d’auteur par les défendeurs.

[65] La CIPPIC soutient qu’il ne suffisait pas que le juge conclue simplement que les demandeurs avaient démontré une forte apparence de droit. Je ne suis pas du même avis. Je ne vois aucune raison de douter du fait que les défendeurs ont violé le droit d’auteur des demandeurs et qu’ils continuent de le faire. Les demandeurs ont soutenu qu’il y avait violation de leurs droits et ils

which evidence was accepted by the Judge. No party, not even the defendants themselves, has raised any doubt that the plaintiffs have engaged in infringing activities. In my view, the Judge's finding that the plaintiffs have a strong *prima facie* case is sound.

[66] An issue arises from the fact that the Judge cited jurisprudence to the effect that a strong finding in respect of one of the prongs of the test may lower the threshold on the other two: see paragraphs 56 and 58 of the Judge's reasons, as well as *Bell Canada v. 1326030 Ontario Inc. (iTVBox.net)*, 2016 FC 612, 271 A.C.W.S. (3d) 831, at paragraph 30; *Geophysical Service Incorporated v. Canada-Nova-Scotia Offshore Petroleum Board*, 2014 FC 450, 454 F.T.R. 206, at paragraphs 35–36. Teksavvy argues that, since the threshold was higher than the Judge realized, it was an error for him to apply this jurisprudence.

[67] In my view, there is no error here. Firstly, it does not necessarily follow that the principle described in the previous paragraph ceases to apply in cases where the higher threshold of strong *prima facie* case is applicable. I do not propose to settle that issue here. Rather, it is my view that the principle should apply in this case either way because the evidence before the Federal Court established a case in favour of the plaintiffs that significantly exceeded even that higher threshold. In *CBC*, at paragraph 18, the Supreme Court of Canada explained that this threshold “entails showing a *strong likelihood* on the law and the evidence presented that, at trial, the applicant will be ultimately successful in proving the allegations set out in the originating notice” (original emphasis.)

[68] I indicated above that I see no basis to doubt the plaintiffs' case for copyright infringement by the defendants. In the absence of any such doubt of infringement based on the record before this Court, it is my view that the plaintiffs' case significantly exceeds the requirement to show a strong *prima facie* case, or a strong likelihood of success.

ont fourni des éléments de preuve à cet égard, lesquels ont été retenus par le juge. Aucune partie, pas même les défendeurs eux-mêmes, n'a mis en doute le fait qu'on s'était livré à des activités violant le droit d'auteur. À mon avis, la conclusion du juge, selon laquelle les demandeurs avaient démontré à première vue l'existence d'une preuve solide est bien fondée.

[66] Une question se pose du fait que le juge a invoqué la jurisprudence selon laquelle une conclusion ferme quant à l'un des volets du critère peut abaisser le seuil des deux autres critères : voir les paragraphes 56 et 58 des motifs du juge, ainsi que les décisions *Bell Canada c. 1326030 Ontario Inc. (iTVBox.net)*, 2016 CF 612, [2016] A.C.F. n° 1101 (QL), au paragraphe 30; *Geophysical Service Incorporated c. Office Canada-Nouvelle-Écosse des hydrocarbures extracôtiers*, 2014 CF 450, [2014] A.C.F. n° 616 (QL), aux paragraphes 35 et 36. Teksavvy soutient que, puisque le seuil était plus exigeant que le juge ne le pensait, il a commis une erreur en appliquant ces précédents.

[67] À mon avis, il n'y a pas là d'erreur. D'abord, rien ne dit que le principe énoncé au paragraphe précédent cesse nécessairement de s'appliquer lorsque le seuil plus exigeant de la forte apparence de droit s'applique. Je ne propose pas de trancher cette question maintenant. Je suis plutôt d'avis que le principe devrait s'appliquer en l'espèce parce que les éléments de preuve présentés à la Cour fédérale en faveur des demandeurs dépassaient considérablement ce seuil plus exigeant. Dans l'arrêt *SRC*, au paragraphe 18, la Cour suprême du Canada a expliqué que ce seuil « implique [que le demandeur] doit démontrer une *forte chance* au regard du droit et de la preuve présentée que, au procès, il réussira ultimement à prouver les allégations énoncées dans l'acte introductif d'instance » (en italique dans l'original).

[68] J'ai indiqué plus haut que je ne vois aucune raison de douter que les demandeurs peuvent prouver que les défendeurs violent leur droit d'auteur. En l'absence de tout doute quant à l'existence d'une violation d'après le dossier dont notre Cour est saisie, je suis d'avis que la preuve des demandeurs satisfait largement à l'exigence de la forte apparence de droit ou de la forte chance d'obtenir gain de cause.



## (2) Irreparable Harm

[69] Teksavvy argues that the Judge erred by relying on findings by other judges in the context of the motions for interim and interlocutory injunctions for his conclusion that irreparable harm had been shown. Teksavvy also argues that the Judge erroneously reversed the burden of proof by concentrating on its evidence against irreparable harm rather than on the plaintiffs' evidence for irreparable harm. Moreover, Teksavvy argues that the Judge erred by basing his conclusion of irreparable harm on the difficulty of quantifying damages.

[70] I disagree with Teksavvy on all of these arguments. It is true that the Judge referred to the findings of irreparable harm in the motions for interim and interlocutory injunctions, but there was no error in doing so in the process of indicating his agreement with those findings after having considered the evidence before him. The only reference in the "irreparable harm" section of the Judge's reasons to the decisions that led to the interim and interlocutory injunctions was the following concluding passage at paragraph 68: "As were my colleagues Justices LeBlanc and Kane, I am satisfied that the Plaintiffs have established that irreparable harm will result if the injunction is not granted." In my view, this indicates that, after having considered the evidence himself, the Judge found himself in agreement with Justices LeBlanc and Kane on the issue of irreparable harm.

[71] It is also true that the Judge discussed Teksavvy's evidence and argument against irreparable harm. That was entirely appropriate. The Judge also noted evidence in favour of irreparable harm. For example, at paragraph 66 of his reasons, the Judge noted that the harm arose "in a context where there is a strong *prima facie* case of an ongoing infringement of the Plaintiffs' copyright where the defendants are unknown." Earlier in his reasons (paragraph 7), the Judge noted the defendants' "obvious efforts to remain anonymous and avoid legal action by rights holders such as the Plaintiffs'." Having found harm to the plaintiffs from ongoing copyright

## 2) Le préjudice irréparable

[69] Teksavvy soutient que le juge a commis une erreur en se fondant sur les conclusions d'autres juges dans le contexte des requêtes en injonction provisoire et interlocutoire pour conclure que l'existence d'un préjudice irréparable avait été démontrée. Teksavvy affirme aussi que le juge a, à tort, inversé le fardeau de la preuve en se concentrant sur les éléments de preuve qu'elle avait présentés pour montrer l'absence de préjudice irréparable plutôt que sur les éléments de preuve présentés par les demandeurs pour montrer l'existence d'un préjudice irréparable. En outre, elle fait valoir que le juge a commis une erreur en fondant sa conclusion de préjudice irréparable sur la difficulté de quantifier les dommages.

[70] Je ne souscris à aucune de ces observations de Teksavvy. Il est vrai que le juge a renvoyé aux conclusions de préjudice irréparable tirées dans les requêtes en injonction provisoire et interlocutoire, mais ce n'est pas une erreur pour le juge d'affirmer souscrire à ces conclusions après avoir examiné les éléments de preuve dont il disposait. Dans la section des motifs du juge sur le « préjudice irréparable », le seul renvoi aux décisions ayant donné lieu aux injonctions provisoire et interlocutoire était le passage énonçant une conclusion, au paragraphe 68 : « À l'instar de mes collègues les juges LeBlanc et Kane, je conclus que les demandeurs ont démontré qu'ils subiraient un préjudice irréparable si l'injonction n'était pas accordée. » À mon avis, cela montre que, après avoir lui-même examiné les éléments de preuve, le juge a conclu qu'il était d'accord avec les juges LeBlanc et Kane sur la question du préjudice irréparable.

[71] Il est également vrai que le juge a examiné les éléments de preuve et les observations présentés par Teksavvy pour montrer l'absence de préjudice irréparable. C'était tout à fait approprié. Le juge a également pris note des éléments de preuve montrant l'existence d'un préjudice irréparable. Par exemple, au paragraphe 66 de ses motifs, le juge a indiqué que le préjudice est survenu « dans le contexte d'un dossier solide *prima facie* de violation continue du droit d'auteur des demanderesse par des défendeurs inconnus ». Plus haut, dans ses motifs, au paragraphe 7, le juge a fait observer que les défendeurs s'étaient "[TRADUCTION] « manifestement efforcés

infringement by defendants who are anonymous, and who are making clear efforts to remain so and avoid liability, it was entirely appropriate for the Judge to find irreparable harm.

[72] In my view, it is not necessary to reach a conclusion with regard to Teksavvy's argument that difficulty in quantifying damages is an inappropriate basis for a finding of irreparable harm. This was discussed as an additional basis after noting the ongoing infringement by unknown defendants. The first basis was sufficient by itself to find irreparable harm, so any error on the additional basis would have no effect on the result.

### (3) Balance of convenience

[73] It is wise to recall here that the Order is discretionary, and this Court should not interfere unless the Judge has made an error of law, or a palpable and overriding error on a question of fact or of mixed fact and law.

[74] Teksavvy argues that the Judge erred by fettering his discretion and distorting his analysis by relying on factors gleaned from a series of decisions in a U.K. case: *Cartier International AG v. British Sky Broadcasting Ltd.*, [2014] EWHC 3354 (Ch.); *Cartier International AG v. British Sky Broadcasting Ltd.*, [2016] EWCA Civ. 658; *Cartier International AG v. British Telecommunications plc*, [2018] UKSC 28 (collectively, *Cartier*). The Judge listed these factors at paragraph 52 of his reasons:

A. Necessity – a consideration of the extent to which the relief is necessary to protect the plaintiff's rights. The relief need not be indispensable but the court may consider whether alternative and less onerous measures are available;

de demeurer anonymes et d'éviter toute action en justice de la part de titulaires des droits tels que les demandresses »". Le juge ayant conclu que les demandeurs subissaient un préjudice en raison de la violation continue de leur droit d'auteur par les défendeurs, qui sont anonymes, et qui s'efforcent manifestement de le rester et d'échapper à toute responsabilité, il était tout à fait approprié qu'il conclue à l'existence d'un préjudice irréparable.

[72] À mon avis, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur l'observation de Teksavvy selon laquelle la difficulté de quantifier des dommages ne peut servir de fondement à une conclusion de préjudice irréparable. Ce motif supplémentaire a été examiné après que le juge a constaté la violation continue par des défendeurs inconnus. Le premier motif suffisait à lui seul à étayer la conclusion de l'existence d'un préjudice irréparable. Par conséquent, toute erreur concernant un motif supplémentaire n'aurait aucune incidence sur le résultat.

### 3) La prépondérance des inconvénients

[73] En l'espèce, il convient de rappeler que l'ordonnance est de nature discrétionnaire et que notre Cour ne devrait pas la modifier, à moins que le juge n'ait commis une erreur de droit ou une erreur manifeste et dominante sur une question de fait ou sur une question mixte de fait et de droit.

[74] Teksavvy soutient que le juge a commis une erreur, car il a entravé son pouvoir discrétionnaire et faussé son analyse en se fondant sur des facteurs tirés d'une série d'arrêts du Royaume-Uni : *Cartier International AG v. British Sky Broadcasting Ltd.*, [2014] EWHC 3354 (Ch.); *Cartier International AG v. British Sky Broadcasting Ltd.*, [2016] EWCA Civ. 658; *Cartier International AG v. British Telecommunications plc*, [2018] UKSC 28 (collectivement appelés *Cartier*). Au paragraphe 52 de ses motifs, le juge a énuméré ces facteurs :

A. Nécessité : un examen sur la mesure dans laquelle la réparation est nécessaire pour protéger les droits d'un demandeur. La réparation n'a pas à être indispensable, mais la cour peut déterminer s'il existe d'autres mesures moins onéreuses[.]

B. Effectiveness – a consideration of whether the relief sought will make infringing activities more difficult to achieve and discourage Internet users from accessing the infringing service;

C. Dissuasiveness – a consideration of whether others not currently accessing the infringing service will be dissuaded from doing so;

D. Complexity and Cost – a consideration of the complexity and cost of implementing the relief sought;

E. Barriers to legitimate use or trade – a consideration of whether the relief will create barriers to legitimate use by unduly affecting the ability of users of ISP services to access information lawfully;

F. Fairness – a consideration of whether the relief strikes a fair balance between fundamental rights of the parties, the third parties and the general public;

G. Substitution – a consideration of the extent to which blocked websites may be replaced or substituted and whether a blocked website may be substituted for another infringing website; and

H. Safeguards – a consideration of whether the relief sought includes measures that safeguard against abuse.

[75] Teksavvy notes that these *Cartier* factors were grounded on an EU Enforcement Directive, which has no application in Canada. It also notes that the Judge decided that the first factor—necessity—should be assessed under “irreparable harm”, whereas the other factors would be assessed under “balance of convenience”. Teksavvy argues that this was a reviewable error in that it resulted in the Judge considering alternatives and less intrusive means (of addressing the ongoing infringement) under irreparable harm rather than balance of convenience.

[76] I see no indication that the Judge, in referring to these factors, fettered his discretion or felt compelled to

B. Efficacité : un examen de la question de savoir si la mesure de redressement demandée compliquera la contrefaçon et découragera les utilisateurs d’Internet d’accéder au service contrefait.

C. Effet dissuasif : un examen de la question de savoir si d’autres parties, qui n’utilisent pas actuellement le service contrefait, seront dissuadées de le faire.

D. Complexité et coût : un examen de la complexité et du coût de la mise en œuvre de la mesure de redressement demandée.

E. Obstacles à l’utilisation ou au commerce légitimes : un examen de la question de savoir si la réparation créera des obstacles à l’utilisation ou au commerce légitimes en nuisant indûment à la capacité des utilisateurs des services des FAI d’accéder légalement à l’information.

F. Équité : un examen de la question de savoir si la réparation constitue le juste équilibre entre les droits fondamentaux des parties, des tiers et du grand public.

G. Substitution : un examen de la mesure dans laquelle les sites bloqués pourraient être remplacés ou substitués et de la question de savoir si un site bloqué pourrait être remplacé par un autre site contrefait.

H. Mesures de sauvegarde : un examen de la question de savoir si la mesure de redressement demandée comprend des mesures de sauvegarde contre les abus.

[75] Teksavvy fait observer que ces facteurs tirés des arrêts *Cartier* étaient fondés sur une directive d’application de la loi de l’Union européenne, qui ne s’appliquait pas au Canada. Elle affirme également que le juge a décidé que le premier facteur, la nécessité, devait être examiné en fonction du « préjudice irréparable », tandis que les autres facteurs seraient examinés en fonction de la « prépondérance des inconvénients ». Teksavvy soutient qu’il s’agissait d’une erreur susceptible de contrôle parce qu’elle a eu pour effet que le juge a examiné des solutions et des moyens moins intrusifs (pour mettre fin à la violation continue du droit d’auteur) au regard du préjudice irréparable, plutôt qu’au regard de la prépondérance des inconvénients.

[76] Rien n’indique que le juge, en renvoyant à ces facteurs, a entravé son pouvoir discrétionnaire ou qu’il

follow them. The Judge indicated at paragraph 50 of his reasons that “it is appropriate to seek guidance from the UK jurisprudence”, but he recognized that the *Cartier* factors were grounded on foreign law. Moreover, he recognized correctly at paragraph 51 that “[t]he fundamental question to be asked where an injunction is sought is whether the granting of the injunction is just and equitable in all of the circumstances”.

[77] The Judge also noted at paragraph 47 that “Teksavvy has not disputed or taken issue with the test to be met or the factors that have been identified based on the UK jurisprudence.” I have heard no suggestion as to any particular one or more of the *Cartier* factors that were inappropriate for the Canadian context for any reason. It is notable that *Cartier* was cited in *Equustek*. In my view, it was entirely appropriate for the Judge to look abroad for inspiration when faced with a motion for an order that was unprecedented in Canada.

[78] I also conclude that it was open to the Judge to consider necessity under irreparable harm rather than balance of convenience. I see no palpable and overriding error in addressing possible alternative measures under irreparable harm rather than balance of convenience.

[79] The Judge considered freedom of expression under the “fairness” factor from *Cartier* (see my comments at paragraphs 55 and following above). Teksavvy argues that the Judge failed to give serious weight to freedom of expression. I disagree. A key part of Teksavvy’s position is that concerns for freedom of expression relate to the possibility of over-blocking. However, the Judge considered this and was satisfied with the measures to limit over-blocking contained in the Order. I see no error here. Moreover, as I indicated above, the depth of the Judge’s analysis of freedom of expression was comparable to that in *Equustek*.

s’est senti obligé de les appliquer. Au paragraphe 50 de ses motifs, le juge a affirmé que « le recours à la jurisprudence britannique est approprié en l’espèce », mais il a reconnu que les facteurs tirés des arrêts *Cartier* étaient fondés sur le droit étranger. En outre, au paragraphe 51, il a reconnu à juste titre que « [l]a question fondamentale à trancher dans le contexte d’une demande d’injonction est de savoir s’il est juste et équitable de délivrer l’injonction eu égard à toutes les circonstances de l’affaire ».

[77] Le juge a également fait observer au paragraphe 47 que « TekSavvy n’a pas contesté le critère [auquel il faut] satisfaire ni les facteurs énumérés en fonction de la jurisprudence britannique ». Personne n’a affirmé, pour quelque motif que ce soit, qu’un facteur en particulier ou que plusieurs facteurs tirés des arrêts *Cartier* étaient inappropriés dans le contexte canadien. Il est à noter que les arrêts *Cartier* ont été invoqués dans l’arrêt *Equustek*. À mon avis, il était tout à fait approprié que le juge s’inspire de la jurisprudence étrangère puisqu’il était saisi d’une requête en ordonnance qui était sans précédent au Canada.

[78] Je conclus aussi qu’il était loisible au juge d’examiner la nécessité au regard du préjudice irréparable plutôt qu’au regard de la prépondérance des inconvénients. Je ne constate aucune erreur manifeste et dominante dans le fait que je le juge se soit penché sur des solutions de rechange possibles au regard du préjudice irréparable plutôt qu’au regard de la prépondérance des inconvénients.

[79] Le juge a examiné la liberté d’expression en fonction du facteur de l’« équité » tiré des arrêts *Cartier* (voir mes observations aux paragraphes 55 et suivants ci-dessus). Teksavvy soutient que le juge n’a pas accordé suffisamment d’importance à la liberté d’expression. Je ne suis pas d’accord. L’élément essentiel de la thèse de Teksavvy est que les préoccupations relatives à la liberté d’expression se rapportent à la possibilité du surblocage. Cependant, le juge a examiné cette question et a jugé satisfaisantes les mesures visant à limiter le surblocage qui figuraient dans l’ordonnance. Je n’y vois là aucune erreur. De plus, comme je l’ai indiqué plus haut, la profondeur de l’analyse de la liberté d’expression effectuée par le juge se compare à celle de l’analyse dans l’arrêt *Equustek*.

[80] The following issues were first mentioned above in discussion of whether the Federal Court has the power to grant a site-blocking order, but they are more appropriately addressed here:

- A. Whether a site-blocking order is effective in the circumstances of this case;
- B. Whether less intrusive alternatives were available; and
- C. Whether the plaintiffs showed meaningful efforts to identify, locate and engage directly with the defendants.

[81] With regard to the effectiveness of a site-blocking order, Teksavvy notes that the Order has had to be updated several times to meet the defendants' reactions to it. Teksavvy argues that the Judge should have considered the burden of regular updates and the compounding effect of the many requests for other site-blocking orders that will likely follow if the Order is allowed to stand. Tied in with this argument is the question of the ease with which the defendants (and others targeted by site-blocking orders) may circumvent such measures. Teksavvy also cites concerns about over-blocking since the GoldTV Services cover programming far beyond anything in which the plaintiffs have rights.

[82] These are interesting points but I am not convinced that the Judge made a palpable and overriding error in his analysis. Though it does appear that it is necessary to amend the Order from time to time to respond to the defendants' circumvention efforts, we have little information about the burden of doing so, or the likelihood of many other such orders (in other cases) compounding this burden. The Judge clearly considered this issue. Many paragraphs of his reasons discussed the possibility of circumvention, and the Order provides explicitly for consequent amendments. I have also noted above

[80] Les questions suivantes ont déjà été mentionnées plus haut dans la discussion sur la question de savoir si la Cour fédérale avait le pouvoir d'accorder une ordonnance de blocage de sites, mais il est plus judicieux de les examiner ici :

- A. L'ordonnance de blocage de sites est-elle efficace dans les circonstances?
- B. Existait-il des solutions moins intrusives?
- C. Les demandeurs ont-ils démontré avoir déployé des efforts significatifs pour identifier les défendeurs, les trouver et entrer en communication directement avec eux?

[81] En ce qui concerne l'efficacité de l'ordonnance de blocage de sites, Teksavvy note qu'il a fallu mettre à jour l'ordonnance plusieurs fois en réponse aux actions des défendeurs après le prononcé de l'ordonnance. Teksavvy affirme que le juge aurait dû tenir compte du fardeau que causent les mises à jour fréquentes et les effets cumulatifs qui résulteront vraisemblablement des nombreuses autres requêtes en ordonnance de blocage de sites qui seront présentées si on devait laisser l'ordonnance en l'espèce continuer de s'appliquer. Étroitement liée à cette observation se trouve la question de la facilité avec laquelle les défendeurs (et d'autres personnes visées par les ordonnances de blocage de sites) peuvent contourner ces mesures. Teksavvy exprime aussi des préoccupations à l'égard du surblocage, étant donné que les services de GoldTV offrent des émissions à l'égard desquelles les demandeurs n'ont strictement aucun droit.

[82] Ces observations sont intéressantes, mais je ne suis pas convaincu que le juge a commis une erreur manifeste et dominante dans son analyse. Bien qu'il semble nécessaire de modifier l'ordonnance de temps à autre en réaction aux efforts déployés par les défendeurs pour contourner le blocage de sites, nous disposons de peu de renseignements concernant le fardeau que ces modifications entraînent ou sur la possibilité que de nombreuses autres ordonnances (dans d'autres affaires) viennent alourdir ce fardeau. Le juge a manifestement examiné cette question. De nombreux paragraphes de ses motifs

that the Judge considered concerns about over-blocking, and was satisfied with measures in the Order to address it. If the burden of making amendments to site-blocking orders (or issuing new site-blocking orders) ever becomes a concern because of a growing number of such orders, that concern can be addressed at the time.

[83] I turn now to the question of whether less intrusive alternatives were available. Teksavvy argues that the plaintiffs failed to exhaust less intrusive alternative remedies before seeking the Order. They point to the affidavit of Paul Stewart, which discusses alternatives to site blocking at paragraphs 39 to 49. The alternatives discussed include (i) finding the defendants (various approaches are suggested), (ii) seeking the assistance of the defendants' payment processing service to stop payments, (iii) seeking the assistance of app stores to remove GoldTV-related apps, (iv) seeking the assistance of CloudFlare, a service that protects and optimizes websites, to terminate GoldTV's account, and (v) seeking the assistance of CIRA to remove the defendants' ".ca" domains and subdomains.

[84] The Judge acknowledged Teksavvy's arguments concerning proposed alternatives, and specifically addressed points (ii) and (iii) at paragraphs 64 and 65 of his reasons. He found no basis to conclude that the alternative measures would be effective, characterizing them as speculative. The Judge favoured evidence from the plaintiffs' affiant Yves Rémillard to the effect that the alternative measures would not be effective. I see no palpable and overriding error in the Judge's treatment of the evidence in this respect.

[85] Finally, I consider Teksavvy's argument that the plaintiffs failed to adduce evidence of meaningful efforts to identify, locate and engage directly with the defendants.

portent sur la possibilité de contournement de l'ordonnance, et l'ordonnance prévoit explicitement que des modifications devront être apportées en conséquence. J'ai également noté plus haut que le juge a tenu compte des préoccupations concernant le surblocage et qu'il a jugé satisfaisantes les mesures prévues dans l'ordonnance pour prévenir ce problème. Lorsque le fardeau d'apporter des modifications aux ordonnances de blocage de sites (ou de rendre de nouvelles ordonnances de blocage de sites) posera des difficultés en raison de l'augmentation du nombre de ces ordonnances, il sera alors temps de se prononcer sur le sujet.

[83] Je me penche maintenant sur la question de savoir si des solutions moins intrusives étaient disponibles. Teksavvy soutient que les demandeurs n'ont pas épuisé les autres recours moins intrusifs avant de demander l'ordonnance. Elle mentionne l'affidavit de M. Paul Stewart, où sont examinées des solutions de rechange au blocage de sites, aux paragraphes 39 à 49. Les solutions exposées consistent notamment (i) à trouver les défendeurs (plusieurs méthodes sont proposées), (ii) à demander l'aide du service de traitement des paiements utilisé par les défendeurs pour empêcher les paiements, (iii) à demander l'aide de boutiques d'applications pour supprimer les applications liées aux services de GoldTV, (iv) à demander l'aide de CloudFlare, un service qui protège et optimise les sites Web, pour résilier le compte associé aux services de GoldTV et (v) à demander l'aide de l'ACEI pour supprimer les domaines et les sous-domaines des défendeurs assortis de l'extension « .ca ».

[84] Le juge a pris note des observations de Teksavvy sur les solutions proposées et il a expressément discuté les solutions (ii) et (iii) aux paragraphes 64 et 65 de ses motifs. Il n'a trouvé aucune raison de conclure que les solutions de rechange, qu'il a qualifiées d'hypothétiques, seraient efficaces. Le juge a préféré retenir le témoignage de M. Yves Rémillard, présenté par affidavit par les demandeurs, selon lequel ces solutions ne seraient pas efficaces. Je ne vois pas d'erreur manifeste et dominante dans la façon dont le juge a traité la preuve à cet égard.

[85] Enfin, je me penche sur l'observation de Teksavvy selon laquelle les demandeurs n'ont pas produit d'éléments de preuve montrant qu'ils avaient déployé des

Teksavvy reads much into the word “meaningful”. The plaintiffs clearly adduced evidence of efforts to find the defendants. These efforts are described in the affidavit of Yves Rémillard dated July 15, 2019, at paragraphs 59 to 69. Presumably, Teksavvy feels that these efforts were not meaningful. However, the question is whether the Judge made a palpable and overriding error in considering the evidence of such efforts, and finding that they were sufficient to justify issuing the Order. I see no such error by the Judge in this regard. Teksavvy points to evidence of a Toronto address and a Canadian telephone number that are associated with the defendants, but my view is that it would be speculative to conclude that efforts to follow up on these, or to undertake any other additional efforts to find the defendants, would have been successful. In view of the undisputed finding that the defendants make efforts to remain anonymous, it seems more likely that additional efforts to find the defendants would have been fruitless. For the same reason, it is my view that requiring the plaintiffs, prior to seeking a site-blocking order, to seek from the ISP parties the issuance of a notice of claimed infringement to the defendants pursuant to section 41.25 of the *Copyright Act* would likely have proven to be wholly ineffective.

(4) Conclusion on whether the Order was just and equitable

[86] For the foregoing reasons, I would conclude that the Judge did not err in issuing the Order.

[87] I will add that my view in this regard is not altered by the recent decision of the Court of Queen’s Bench of Alberta in *Allarco Entertainment 2008 Inc. v. Staples Canada ULC*, 2021 ABQB 340 (*Allarco*), which was brought to the Court’s attention by Teksavvy’s counsel. That case denied an interlocutory injunction against retailers who were selling set-top boxes that could be used to access allegedly copyright-infringing programming. The

efforts significatifs pour identifier les défendeurs, les trouver et entrer en communication directement avec eux. Teksavvy accorde beaucoup d’importance à l’adjectif « significatifs ». Les demandeurs ont manifestement présenté des éléments de preuve montrant qu’ils ont fait des efforts pour trouver les défendeurs. Ces efforts sont décrits dans l’affidavit de M. Yves Rémillard daté du 15 juillet 2019, aux paragraphes 59 à 69. Vraisemblablement, Teksavvy pense que ces efforts n’étaient pas significatifs. Cependant, la question est de savoir si le juge a commis une erreur manifeste et dominante en examinant les éléments de preuve montrant ces efforts et en concluant qu’ils étaient suffisants pour justifier que l’ordonnance soit rendue. Je ne constate aucune erreur de ce type de la part du juge à cet égard. Teksavvy renvoie à une adresse à Toronto et à un numéro de téléphone canadien qui sont associés aux défendeurs, mais à mon avis, il serait conjectural de conclure que des efforts déployés pour enquête sur ces coordonnées, ou d’autres efforts déployés pour trouver les défendeurs, seraient couronnés de succès. Compte tenu de la conclusion non contestée selon laquelle les défendeurs ont pris des mesures pour conserver leur anonymat, il semble plus probable que tout effort supplémentaire déployé pour trouver les défendeurs aurait été en vain. Pour les mêmes motifs, je suis d’avis qu’il aurait été probablement totalement inefficace d’exiger des demandeurs qu’ils demandent, avant de solliciter l’ordonnance de blocage de sites, aux parties qui sont des FAI de signifier aux défendeurs un avis de prétendue violation en application de l’article 41.25 de la *Loi sur le droit d’auteur*.

4) Conclusion sur la question de savoir si l’ordonnance était juste et équitable

[86] Pour les motifs qui précèdent, je conclurais que le juge n’a pas commis d’erreur en rendant l’ordonnance.

[87] J’ajoute que l’arrêt récent *Allarco Entertainment 2008 Inc. v. Staples Canada ULC*, 2021 ABQB 340 (*Allarco*), rendu par la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, que l’avocat de Teksavvy a porté à l’attention de notre Cour, ne modifie pas mon avis à cet égard. Dans cette affaire, la Cour avait refusé d’accorder une injonction interlocutoire à l’encontre de détaillants qui vendaient des boîtes numériques pouvant être utilisées

Court in *Allarco* found that the requirements of serious case and irreparable harm had not been met. However, the present appeal is distinguishable on both of these issues. There is no dispute in the present case with regard to serious case. The threshold is higher than the Judge recognized, but Teksavvy does not dispute that the requirement is met. With regard to irreparable harm, my conclusion is based on the defendants' anonymity, and their efforts to remain that way and avoid any liability. That does not appear to have been an issue in *Allarco*.

#### D. Conclusion

[88] Having found no error in the Judge's conclusion that the Federal Court has the power to grant a site-blocking order, and having likewise found no error in his analysis of the applicable legal test, I conclude that this Court should not interfere with the Judge's decision.

[89] I would dismiss this appeal with costs.

NADON J.A.: I agree.

LEBLANC J.A.: I agree.

pour accéder à des émissions violant prétendument des droits d'auteur. Dans l'arrêt *Allarco*, la Cour a conclu qu'il n'était pas satisfait aux critères relatifs à la question sérieuse et au préjudice irréparable. Cependant, il y a lieu de distinguer la présente affaire de l'affaire *Allarco* sur ces deux questions. En l'espèce, nul ne conteste qu'il existe une question sérieuse à trancher. Le seuil est plus exigeant que celui établi par le juge, mais Teksavvy ne nie pas qu'il est satisfait à cette exigence. En ce qui concerne le préjudice irréparable, ma conclusion se fonde sur l'anonymat des défendeurs et les efforts qu'ils déploient pour demeurer anonymes et échapper à toute responsabilité. Il semble que cette question ne s'est pas posée dans l'arrêt *Allarco*.

#### D. Conclusion

[88] N'ayant relevé aucune erreur dans la conclusion du juge selon laquelle la Cour fédérale a le pouvoir de rendre une ordonnance de blocage de sites et n'ayant pas non plus constaté d'erreur dans son analyse du critère juridique applicable, je conclus que notre Cour ne devrait pas modifier la décision du juge.

[89] Je rejetterais le présent appel avec dépens.

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

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



T-1262-14  
2021 FC 806

T-1262-14  
2021 CF 806

**City of Montréal** (*Applicant*)

**Ville de Montréal** (*demanderesse*)

v.

c.

**Old Port of Montréal Corporation** (*Respondent*)

**Société du Vieux-Port de Montréal** (*défenderesse*)

and

et

**Attorney General of Canada** (*Intervener*)

**Procureur général du Canada** (*intervenant*)

**INDEXED AS: MONTRÉAL (CITY) v. OLD PORT OF MONTRÉAL CORPORATION INC.**

**RÉPERTORIÉ : MONTRÉAL (VILLE) C. SOCIÉTÉ DU VIEUX-PORT DE MONTRÉAL INC.**

Federal Court, Pamel J.—Montréal, November 23–25, 2020; July 30, 2021.

Cour fédérale, juge Pamel—Montréal, 23 au 25 novembre 2020; 30 juillet 2021.

*Crown — Real Property — Judicial review of annual decisions rendered by respondent between 2014, 2020 determining amount of discretionary, voluntary payments in lieu of property tax (PILTs) owing deemed inadequate, unreasonable by respondent — PILT program balancing tax fairness for municipalities with preservation of Crown’s constitutional immunity from taxation — Payments in lieu of taxes to municipalities on “federal properties” within meaning of Payments in Lieu of Taxes Act (PILT Act) made by Crown to municipalities — Respondent sending applicant each year decision providing explanation of amount of PILT, exclusions from concept of “federal property” relied on — Disagreement in present case as to property value, composition of “federal property” within meaning of PILT Act of Old Port of Montréal site — Respondent relying on new exemptions from concept of federal property and claiming some lots situated in deep water; therefore subject to nominal assessment — Respondent also raising exemption based on concept of snow sheds under PILT Act, s. 2(3)(b), Schedule II, item 12, arguing By-law Concerning Property Taxes on Parking Lots (Parking Lot By-law) inapplicable to parking areas situated on quays because beyond By-law’s territorial limits — Applicant submitting several exemptions from concept of federal property unreasonably relied upon by respondent — Controversial features of site including quays, Montréal Science Centre, indoor, outdoor parking lots — Whether disputed property constituting federal property within meaning of PILT Act; whether respondent’s parking lots subject to Parking Lot By-Law; whether respondent’s land situated “in deep water”; whether respondent could effect compensation between amount allegedly overpaid in 2013, payments for following years — By using word “park” in PILT Act, s. 2(3)(c) Parliament did not intend to include every site of shared use or activity — Parliament instead referring to natural urban park, developed as such for benefit*

*Couronne — Biens immeubles — Contrôle judiciaire de décisions annuelles rendues par la défenderesse prises entre 2014 et 2020 déterminant le montant payable de paiements discrétionnaires et volontaires en remplacement de l’impôt foncier (PERI), jugé inadéquat et déraisonnable par la demanderesse — Le régime PERI concilie l’équité fiscale envers les municipalités et la préservation de l’immunité fiscale constitutionnelle de la Couronne — Des « en-lieu de taxes » sur les « propriétés fédérales » au sens de la Loi sur les paiements versés en remplacement d’impôts (LPRI) sont versés par la Couronne aux municipalités — La défenderesse fait parvenir à la demanderesse chaque année une décision dans laquelle elle explique le montant de son PERI et les exclusions de la notion de « propriété fédérale » qu’elle invoque — Il y avait mésentente en l’espèce quant à la valeur effective et à la composition de la « propriété fédérale » au sens de la LPRI du site du Vieux-Port de Montréal — La défenderesse a invoqué, entre autres, de nouvelles exceptions à la notion de propriété fédérale et a soutenu que certains de ses lots étaient situés en eau profonde et devaient donc faire l’objet d’une évaluation nominale — La défenderesse a aussi invoqué une exemption en vertu de la notion d’abri contre la neige en vertu de l’art. 2(3)b) et du paragraphe 12 de l’annexe II de la LPRI, en plus de soutenir que le Règlement concernant la taxe foncière sur les parcs de stationnement (Règlement sur les stationnements) était inapplicable aux stationnements situés sur ses quais, car ces derniers seraient situés au-delà de la limite territoriale d’application de ce règlement — La demanderesse a soutenu que plusieurs des exemptions de la notion de propriété fédérale ont été déraisonnablement invoquées par la défenderesse — Les principaux éléments controversés du site incluent des quais, le Centre des sciences de Montréal, et des stationnements intérieurs et extérieurs — Il s’agissait de déterminer si les biens*

*of community — Not incompatible with use [TRANSLATION] “for educational, recreational and scientific purposes” — No reason for not including certain buildings incidental to park in meaning of word “park” — Park as whole must be considered as well as how park, building relate to each other — Old Port site crossed threshold to become entertainment venue destination, therefore not constituting park within meaning of PILT Act — Neither buildings nor parking lots characterized as parks as per s. 2(3)(c) — PILT Act making no distinction, at s. 2(3)(a), between underlying land, surface — Commercial use to which federal property put not relevant under PILT Act — Parkades, indoor parking lots included in s. 2(3)(a)(i), concept of federal property — Not all buildings with roof on Old Port site snow shelters under PILT Act — Not what Parliament intended when including term “snow shed” in PILT Act, Schedule II, item 12 — Items in PILT Act, Schedule II mentioning several things sharing common characteristics — Respondent engaged in questionable mental gymnastics, unreasonably attempting to slot parkades, indoor parking lots into exceptions to concept of federal property, thereby disregarding purpose of PILT Act — Automatically excluding federal highway from PILT base simply because providing access to private property contrary to intent of PILT Act, text of s. 2(3)(g) — Respondent respected neither principles of statutory interpretation applicable to PILT Act nor intent of Parliament — Respondent unreasonably exercised discretionary power to make PILTs — Unreasonable for respondent to conclude that if parking areas belonged to private owner and were taxable, tax rate applicable excluded tax imposed by Parking Lot By-law — PILT Act, s. 3 allowing for payments in lieu of any taxes applicable within areas in which federal properties at issue situated — Parking Lot By-law must be taken into account when respondent exercising discretion in calculating annual PILT — For PILT purposes, no reason to treat Old Port site differently just because built with fill up to certain point in St. Lawrence River — Quays permanently fixed to dry land, cannot be removed, site of important immovables — Unreasonable, contrary to spirit of fairness in PILT Act to assess land at issue as deep-water lots of nominal value — Respondent cannot rely on Interim Payments and Recovery of Overpayments Regulations, s. 4, as source of entitlement to recover alleged overpayment of 2013 — Respondent’s decision to make no PILT with respect to “land” covered by right-of-way for railway tracks, rail yard unreasonable — Annual decisions rendered by respondent determining amount of PILT owing set aside, matter remitted to respondent for redetermination — Application allowed.*

*visés par le présent litige constituent des propriétés fédérales au sens de la LPRI; si les stationnements de la défenderesse sont assujettis au Règlement sur les stationnements; si les terrains de la défenderesse sont situés « en eau profonde »; et si la défenderesse pouvait opérer compensation d’un montant qu’elle a prétendument trop payé en 2013 pour les années subséquentes — En utilisant le mot « parc » à l’art. 2(3)(c) de la LPRI, le législateur ne souhaitait pas y inclure tous les lieux d’utilisation ou d’activité communes — Le législateur désigne plutôt un parc urbain naturel, aménagé comme tel au bénéfice de la communauté — Il n’y a pas incompatibilité avec une utilisation « à des fins éducatives, récréatives et scientifiques » — Cette qualité ne s’oppose pas à ce que certains bâtiments accessoires à un parc puissent eux-mêmes être compris dans le sens du mot « parc » — Il faut regarder l’ensemble du parc et la relation entre le parc et le bâtiment — Le site du Vieux-Port a franchi le seuil d’une destination de divertissement, et ne constitue donc pas un parc au sens de la LPRI — Ni les bâtiments ni les stationnements ne tombent sous la qualification de parc telle qu’elle figure à l’art. 2(3)(c) — La LPRI ne fait aucune distinction, à l’art. 2(3)(a), entre la surface et le terrain sous-jacent — La LPRI ne concerne pas l’utilisation commerciale qui est faite de la propriété fédérale — Les stationnements intérieurs et à étages sont visés par l’art. 2(3)(a)(i) et inclus dans la notion de propriété fédérale — Ce ne sont pas tous les bâtiments sur le site du Vieux-Port dotés d’un toit qui seraient des abris contre la neige au sens de la LPRI — Ce n’est pas ce que le législateur a voulu dire en incluant l’expression « abri contre la neige » au paragraphe 12 de l’annexe II de la LPRI — Lorsqu’un paragraphe de l’annexe II énonce plusieurs choses, celles-ci comportent des caractéristiques communes — La défenderesse s’est livrée à une périlleuse gymnastique intellectuelle pour essayer de rattacher d’une façon déraisonnable les stationnements intérieurs ou étagés à l’une des exceptions de la notion de propriété fédérale, et a fait abstraction de l’objet de la LPRI — L’exclusion automatique d’une voie fédérale de l’assiette des PERI du simple fait qu’elle donne aussi accès à des propriétés privées est contraire à l’esprit de la LPRI et au texte de l’art. 2(3)(g) — La défenderesse n’a pas respecté les principes d’interprétation du texte de la LPRI et l’intention du législateur — L’exercice qu’elle a fait de son pouvoir discrétionnaire de verser des PERI était déraisonnable — Il n’était pas raisonnable de la part de la défenderesse de conclure que si les stationnements appartenaient à un propriétaire privé et étaient taxables, le taux de taxation applicable à ces lieux exclurait la taxe imposée par le Règlement sur les stationnements — L’art. 3 de la LPRI permet les PERI pour toutes taxes applicables sur les lieux où se situent les propriétés fédérales en question — Le Règlement sur les stationnements doit être pris en considération lorsque la défenderesse exerce son pouvoir discrétionnaire en matière de calcul du PERI annuel — Aux fins des PERI, il n’y a aucune raison de traiter différemment le site du Vieux-Port simplement parce qu’il a été construit avec du remblai jusqu’à un certain point dans le fleuve Saint-Laurent — Les quais sont attachés de façon permanente à la terre ferme,*

*Construction of Statutes — Applicant challenging annual decisions rendered by respondent between 2014, 2020 determining amount of discretionary, voluntary payments in lieu of property tax (PILTs) owing — PILT program balancing tax fairness for municipalities with preservation of Crown's constitutional immunity from taxation — Payments in lieu of taxes to municipalities on "federal properties" within meaning of Payments in Lieu of Taxes Act (PILT Act) made by Crown to municipalities — Disagreement as to property value, composition of "federal property" within meaning of PILT Act of Old Port of Montréal site — Parties arguing in favour of different interpretive methods — Therefore necessary to set out appropriate method — Principle of interpreting taxation statutes in favour of "taxpayer" not applicable in present case — Approach chosen to meet objective of PILT Act not at all in nature of a tax — Parties, in context of PILT Act, on equal footing — Resulting decisions should not distort language chosen by Parliament — Modern approach to statutory interpretation appropriate framework for considering exemptions claimed by respondent.*

This was an application for judicial review of the annual decisions rendered by the respondent between 2014 and 2020 determining the amount of discretionary and voluntary payments in lieu of taxes (PILT) owing, deemed insufficient and unreasonable by the applicant.

To balance tax fairness for municipalities with the preservation of the Crown's constitutional immunity from taxation set out at section 125 of the *Constitution Act, 1867*, and to compensate for the taxes that the municipalities would otherwise have levied, the federal government created a regime of PILTs within the meaning of the *Payments in Lieu of Taxes Act* (PILT Act). Under the PILT program, the federal Crown agrees to pay, subject to certain conditions, payments in lieu of taxes to municipalities on its "federal properties" within the meaning of

*sont inamovibles et abritent des bâtiments importants — Il serait déraisonnable et contraire à l'équité de la LPRI d'évaluer les terrains en cause comme des lots en eau profonde avec une évaluation minimale — L'art. 4 du Règlement sur les versements provisoires et les recouvrements ne permet pas à la défenderesse de se prévaloir d'un quelconque droit à un recouvrement du prétendu trop payé de 2013 — Il était déraisonnable pour la défenderesse de ne payer aucun montant à titre de PERI à l'égard des « terrains » formant l'emprise de la voie ferrée et de la cour de triage ferroviaire — Les décisions annuelles rendues par la défenderesse déterminant le montant payable de PERI ont été annulées et la présente affaire a été renvoyée à la défenderesse pour nouvelle détermination — Demande accueillie.*

*Interprétation des lois — La demanderesse contestait des décisions annuelles rendues par la défenderesse prises entre 2014 et 2020 déterminant le montant payable de paiements discrétionnaires et volontaires en remplacement de l'impôt foncier (PERI) — Le régime PERI concilie l'équité fiscale envers les municipalités et la préservation de l'immunité fiscale constitutionnelle de la Couronne — Des « en-lieu de taxes » sur les « propriétés fédérales » au sens de la Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts (LPRI) sont versés par la Couronne aux municipalités — Il y avait mésentente en l'espèce quant à la valeur effective et à la composition de la « propriété fédérale » au sens de la LPRI du site du Vieux-Port de Montréal — Les parties ont défendu des méthodes d'interprétation différentes — Il convenait donc d'exposer la méthode applicable — Les principes d'interprétation favorables au « contribuable » propres aux lois de nature fiscale ne s'appliquaient pas en l'espèce — La manière d'atteindre l'objectif de la LPRI n'est pas du tout de nature fiscale — Les parties sont, dans le cadre de l'application de la LPRI, dans une relation fondée sur l'équité — Les décisions découlant de la détermination des PERI ne doivent pas dénaturer les termes utilisés par le législateur — Il convenait de se rapporter à la méthode moderne d'interprétation pour examiner les exemptions revendiquées par la défenderesse.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de décisions annuelles rendues par la défenderesse prises entre 2014 et 2020 déterminant le montant payable de paiements discrétionnaires et volontaires en remplacement de l'impôt foncier (PERI), jugé inadéquat et déraisonnable par la demanderesse.

Afin de concilier l'équité fiscale envers les municipalités et la préservation de l'immunité fiscale constitutionnelle de la Couronne prévue par l'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et ainsi compenser les impôts autrement perçus par les municipalités, le gouvernement fédéral a créé le régime de PERI au sens de la *Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts* (LPRI). Par les PERI, la Couronne fédérale accepte de verser, sous certaines conditions, des « en-lieu de taxes » aux municipalités sur ses « propriétés fédérales » au sens de la LPRI.

the PILT Act. When the properties covered by the PILT scheme belong to a federal Crown corporation, the latter becomes responsible for the management of the regime set out in the PILT Act. Each year, the respondent, which is a Crown corporation, receives a PILT request from the applicant. In response to this request, it sends to the applicant each year a decision in which it provides a summary explanation of the amount of its PILT and, if applicable, the exclusions from the concept of “federal property” that it relies on to establish the amount of the payment. Since 2014, there has been disagreement between the parties as to the property value and the composition of the “federal property” within the meaning of the PILT Act at the Old Port of Montréal site. One of the respondent’s arguments was that the Old Port is a park and therefore not “federal property” within the meaning of the PILT Act. What had to be considered was the establishment by the respondent of the Old Port site’s property base. The difficulties came to a head when, starting in the 2014 taxation year, the respondent began to rely on new exemptions from the concept of federal property and to claim that some of its lots were situated in deep water and should therefore be subject to a nominal assessment. Moreover, as of 2015, the respondent argued that the *By-law Concerning Property Taxes on Parking Lots* (Parking Lot By-law) was inapplicable to parking areas situated on quays, as the latter were situated in the St. Lawrence River and therefore beyond the By-law’s territorial limits.

Essentially, the applicant submitted that several of the exemptions from the concept of federal property had been unreasonably relied upon by the respondent because they do not result from a reasonable interpretation of the PILT Act. The applicant added that it was unreasonable for the respondent to conclude that its land was situated in deep water and that its value should therefore be assessed at a nominal amount, as this position has no legal merit, and the Parking Lot By-law is fully applicable to the Old Port site, as this site is not situated in the St. Lawrence River, which is the boundary of the territorial application of this by-law. The main controversial features of the site include pavilions, quays, the Montréal Science Centre, the IMAX cinema, indoor and outdoor parking lots, and a food court. The respondent claimed, relying on the *Canada National Parks Act* and the *Saguenay-St. Lawrence Marine Park Act*, that the entirety of the Old Port site is a park within the meaning of the PILT Act, and that this “park” designation covers the Old Port site’s more imposing buildings. The respondent added that the parking areas, food courts and restrooms as well as the land, promenades, roads and public highways are covered by the exemption because they are incidental and necessary to the park’s operation. The respondent raised an exemption based on the concept of snow sheds under paragraph 2(3)(b) and item 12 of Schedule II to the PILT Act. It submitted that its uncovered outdoor parking areas and its parkades and indoor parking lots, as site improvements, constitute “structure[s] or work[s]” within the meaning of paragraph 2(3)(a) of the PILT Act and are therefore excluded from the concept of federal property. It

Lorsque les propriétés visées par le régime des PERI appartiennent à une société d’État fédérale, la gestion du régime prévu par la LPRI revient à celle-ci. La défenderesse, qui est une telle société, reçoit chaque année une demande de PERI de la part de la demanderesse. En réponse à cette demande, elle fait parvenir à la demanderesse chaque année une décision dans laquelle elle explique de façon sommaire le montant de son PERI et, le cas échéant, les exclusions de la notion de « propriété fédérale » qu’elle invoque pour établir le montant de son paiement. Depuis 2014, une mésentente subsiste entre les parties quant à la valeur effective et à la composition de la « propriété fédérale » au sens de la LPRI du site du Vieux-Port de Montréal. La défenderesse a soutenu notamment que le Vieux-Port est un parc, donc exclu de la désignation de « propriété fédérale ». En jeu était la détermination de l’assiette fiscale du site du Vieux-Port par la défenderesse. Les difficultés relatives aux PERI ont culminé à compter de l’exercice financier 2014, lorsque la défenderesse s’est mise à invoquer de nouvelles exceptions à la notion de propriété fédérale et à soutenir que certains de ses lots étaient situés en eau profonde et devaient donc faire l’objet d’une évaluation nominale. De plus, la défenderesse a soutenu que le *Règlement concernant la taxe foncière sur les parcs de stationnement* (Règlement sur les stationnements) était inapplicable aux stationnements situés sur ses quais, car ces derniers seraient situés dans le fleuve Saint-Laurent, soit au-delà de la limite territoriale d’application de ce règlement.

Essentiellement, la demanderesse a soutenu que plusieurs des exemptions de la notion de propriété fédérale ont été déraisonnablement invoquées par la défenderesse puisqu’elles ne résultent pas d’une interprétation raisonnable de la LPRI. La demanderesse a ajouté que la défenderesse a déraisonnablement conclu que ses terrains étaient situés en eau profonde et donc qu’ils devaient recevoir une valeur nominale, puisque cette notion n’aurait aucun fondement juridique, et que le Règlement sur les stationnements est pleinement applicable au site du Vieux-Port, puisque ce site ne se trouve pas dans le fleuve Saint-Laurent, qui est la limite territoriale d’application de ce règlement. Les principaux éléments controversés du site incluent des pavillons, des quais, le Centre des sciences de Montréal, le cinéma IMAX, des stationnements intérieurs et extérieurs, et une foire alimentaire. Selon la défenderesse, s’appuyant sur la *Loi sur les parcs nationaux du Canada* et la *Loi sur le parc marin du Saguenay — Saint-Laurent*, l’ensemble du site du Vieux-Port serait un parc au sens de la LPRI, et cette qualité de parc s’étendrait aux bâtiments plus imposants constituant le site du Vieux-Port. La défenderesse a ajouté que les stationnements, la foire alimentaire, les toilettes ainsi que les terrains, promenades, chemins et voies publiques relèveraient aussi de l’exemption puisqu’ils sont accessoires et nécessaires à l’exploitation du parc. La défenderesse a invoqué une exemption en vertu de la notion d’abri contre la neige en vertu de l’alinéa 2(3)(b) et du paragraphe 12 de l’annexe II de la LPRI. Elle a soutenu que ses stationnements extérieurs non couverts ainsi que ses stationnements intérieurs et étagés,

also submitted that because the Parking Lot By-law is a property tax levied on the surface area of the parking area and not on the value of the underlying land, if the improvements to the parking area—the paving and the gravel beneath it—are excluded from the concept of federal property, the City can no longer levy this tax on parking areas.

The key issues were whether the disputed property constitutes federal property within the meaning of the PILT Act; whether the respondent's parking areas are subject to the Parking Lot By-law; whether the respondent's land is situated "in deep water"; and whether it was open to the respondent to effect compensation between the amount it had allegedly overpaid in 2013 and the payments for the following years.

*Held*, the application should be allowed.

The parties in this case argued in favour of different interpretive methods. It was therefore necessary to set out the approach to statutory interpretation before discussing the exclusions at issue. The principle of interpreting taxation statutes in favour of the "taxpayer" did not apply here. Some aspects of the PILT Act are similar to elements that may be found in a taxation statute. However, the approach chosen to meet this objective (i.e., make payments to municipalities in lieu of taxes normally collected while preserving the Crown's constitutional immunity from taxation) is not at all in the nature of a tax: this is precisely what Parliament wished to avoid. Unlike the usual situation with taxation statutes, it is the respondent as "taxpayer" that decides how much "tax" to pay. The power dynamic between the taxing authority (here, the applicant) and the "taxpayer" remains radically different from that which would exist in the context of a taxation statute. The parties are, in the context of the PILT Act, on equal footing. While the process of determining PILTs does imply a certain discretion on the respondent's part, the resulting decisions should nevertheless not distort the language chosen by Parliament. Ultimately, the modern approach to statutory interpretation was the appropriate framework for considering the exemptions claimed by the respondent.

When Parliament used the word "park" at paragraph 2(3)(c) of the PILT Act, it did not intend to include every site of shared use or activity, such as a research park, industrial park, parking lot (*parc de stationnement* or *parc d'automobiles* in French), amusement parks, building inventory (*parc immobilier* in French) or even container yard (*parc à conteneurs* in French)

en tant qu'améliorations d'emplacement, constituent des « constructions ou ouvrages » au sens de l'alinéa 2(3)a) de la LPRI et qu'ils sont donc exclus de la notion de propriété fédérale. Elle a soutenu de plus que comme le Règlement sur les stationnements est une taxe foncière qui vise la superficie du terrain de stationnement et non pas la valeur du terrain sous-jacent, si on enlève l'aménagement de stationnement — l'asphalte et le gravier qu'il y a en dessous — comme exclu de la notion de propriété fédérale, la Ville ne peut plus imposer cette taxe sur les stationnements.

Les principales questions en litige étaient de déterminer si les biens visés par le présent litige constituent des propriétés fédérales au sens de la LPRI; si les stationnements de la défenderesse sont assujettis au Règlement sur les stationnements; si les terrains de la défenderesse sont situés « en eau profonde »; et si la défenderesse pouvait opérer compensation d'un montant qu'elle a prétendument trop payé en 2013 pour les années subséquentes.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Les parties dans la présente instance ont défendu des méthodes d'interprétation différentes. Il convenait donc d'exposer la méthode applicable avant de discuter des exclusions en cause. Les principes d'interprétation favorables au « contribuable » propres aux lois de nature fiscale ne s'appliquaient pas en l'espèce. Certains éléments de la LPRI s'apparentent à des éléments qui peuvent se trouver dans une loi de nature fiscale. Cependant, la manière d'atteindre l'objectif de la LPRI (c.-à-d. faire des paiements aux municipalités en remplacement de l'impôt normalement perçu, tout en préservant l'immunité fiscale constitutionnelle de la Couronne) n'est pas du tout de nature fiscale; c'est précisément ce qu'a voulu éviter le législateur. Contrairement à ce qui se produit normalement dans le cas de lois de nature fiscale, c'est la défenderesse comme « contribuable » qui décide le montant « d'impôt » à payer. La dynamique de pouvoir entre l'autorité taxatrice (ici, la défenderesse) et le « contribuable » demeure radicalement différente que dans le contexte d'une loi de nature fiscale. Ainsi, les parties sont, dans le cadre de l'application de la LPRI, dans une relation fondée sur l'équité. Même si le processus de détermination des PERI implique un certain pouvoir discrétionnaire de la part de la défenderesse, il n'en reste pas moins que les décisions qui en découlent ne doivent pas dénaturer les termes utilisés par le législateur. En fin de compte, il convenait donc de se rapporter à la méthode moderne d'interprétation pour examiner les exemptions revendiquées par la défenderesse.

Lorsque le législateur a utilisé le mot « parc » à l'alinéa 2(3)c) de la LPRI, il ne souhaitait pas y inclure tous les lieux d'utilisation ou d'activité communes, comme par exemple un parc scientifique, un parc industriel, un parc de stationnement, un parc automobile, un parc d'amusement, d'attractions ou de divertissement, un parc immobilier ou même un parc à conteneurs,

as the respondent submitted. If Parliament had wished to exclude these types of parks from the concept of federal property, it would have done so explicitly. When using the word “park” on its own, Parliament is instead referring to a natural urban park, developed as such for the benefit of the community. This is not incompatible with use [TRANSLATION] “for educational, recreational and scientific purposes”. Nor is there any reason that certain buildings incidental to a park cannot be included in the meaning of the word “park” in the PILT Act. It is important to look not only at the buildings in question, but also at the park as a whole and how the buildings and park relate to each other. The respondent’s approach of comparing the applicant’s so-called municipal parks with the Old Port site was not very useful, since municipal parks are subject to an entirely different tax regime than that to which the Old Port site is subject. Given the manner in which the Old Port site has been developed, with its infinite offerings of attractions occupying a disproportionate space compared with what one would expect in a traditional park, the Old Port site has crossed the threshold to become an entertainment venue and therefore does not constitute a park within the meaning of the PILT Act. At no point in its decisions did the respondent truly attempt to define what a park is under paragraph 2(3)(c) of the PILT Act. It should have provided reasons for its decision if it wished to depart from its long-standing practice of treating the Old Port site, as a whole, as not being excluded from the concept of federal property. It follows that neither the buildings nor the parking lots can be characterized as parks as per paragraph 2(3)(c). The Old Port site as a whole does not constitute a park; accordingly, parking areas whose purpose is to serve this site cannot be considered parks. The respondent is deemed to be a private owner for PILT purposes, but this is relevant to the calculation of the effective tax rate and the property value applicable to these assets, not to the question of which assets are compensable or which are included in the property base. The PILT Act is a complete code establishing which types of property are and are not included in the concept of federal property and therefore which are subject to PILTs. The distinction made by the respondent between the surface area of the parking area and the value of the underlying land is artificial and a misinterpretation of the plain words of the PILT Act. Surfaces and surface areas are irrelevant. The only concepts we are dealing with here are works and underlying land; the PILT Act makes no distinction, at paragraph 2(3)(a), between the underlying land and its surface. The purpose of this paragraph is simply to exclude structures and works found above the surface of the land. Nor is the commercial use to which the federal property is put relevant under the PILT Act. Given the plain meaning of the terms “movable property”, “building” and “shelter”, the parkades and indoor parking lots are indeed covered by subparagraph 2(3)(a)(i) and included in the concept of federal property. The respondent’s parkades and indoor parking lots provide shelter against snow. However, the mere fact that a property provides shelter against snow does not automatically make it a “snow shed” within the meaning of the PILT Act. If that were the case, every building with a roof on

comme le soutenait la défenderesse. Si le législateur avait voulu exclure ces types de parcs de la notion de propriété fédérale, il l’aurait fait explicitement. Par le seul mot « parc », le législateur désigne plutôt un parc urbain naturel, aménagé comme tel au bénéfice de la communauté. Il n’y a pas incompatibilité avec une utilisation « à des fins éducatives, récréatives et scientifiques ». Cette qualité ne s’oppose pas non plus à ce que certains bâtiments accessoires à un parc puissent eux-mêmes être compris dans le sens du mot « parc » de la LPRI. Il faut faire attention à ne pas seulement regarder les bâtiments en cause, mais aussi l’ensemble du parc et la relation entre le parc et le bâtiment. La démarche de la défenderesse consistant à comparer les supposés parcs municipaux de la demanderesse avec le site du Vieux-Port n’était pas très utile, puisque les parcs municipaux font l’objet d’un régime fiscal différent de celui touchant le site du Vieux-Port. Vu la manière dont le site du Vieux-Port a été aménagé avec sa gamme infinie d’attractions qui occupent un espace démesuré sur le site par rapport à ce que l’on pourrait s’attendre d’un parc traditionnel, le site du Vieux-Port a franchi le seuil d’une destination de divertissement, et ne constitue donc pas un parc au sens de la LPRI. À aucun moment dans ses décisions la défenderesse n’a tenté de définir ce qu’est un parc tel que visé par l’alinéa 2(3)(c) de la LPRI. Elle aurait dû justifier sa position si elle voulait s’affranchir de sa pratique de longue date selon laquelle le site du Vieux-Port, dans son ensemble, n’était pas exclu de la notion de propriété fédérale. Il s’ensuit que ni les bâtiments ni les stationnements ne tombent sous la qualification de parc telle qu’elle figure à l’alinéa 2(3)(c). L’ensemble du site du Vieux-Port ne constitue pas un parc; par conséquent, toute aire de stationnement dont l’objectif est de desservir le site ne peut être considérée comme un parc. La défenderesse est réputée être une propriétaire privée pour les PERI, mais ceci vaut pour le taux effectif et la valeur effective applicable à ses biens, pas pour la question de savoir quels biens sont compensables ou ce qui compose son assiette fiscale. La LPRI est un code complet qui détermine quels biens sont inclus et lesquels sont exclus de la notion de propriété fédérale et donc des PERI. La distinction effectuée par la défenderesse entre la superficie du terrain de stationnement et la valeur du terrain sous-jacent est artificielle et une mécompréhension des termes clairs de la LPRI. Il n’est pas question de superficie ou de surface. Il est seulement question d’ouvrage et de fond de terre; la LPRI ne fait aucune distinction, à l’alinéa 2(3)(a), entre la surface et le terrain sous-jacent. Ce texte ne vise qu’à exclure les constructions et les ouvrages au-dessus de la surface du terrain. La LPRI ne concerne pas non plus l’utilisation commerciale qui est faite de la propriété fédérale. Vu le sens commun des mots « biens meubles », « bâtiment » et « abris », les stationnements intérieurs et à étages sont bel et bien visés par le sous-alinéa 2(3)(a)(i) et inclus dans la notion de propriété fédérale. Les stationnements intérieurs et à étages de la défenderesse abritent contre la neige. Toutefois, ce n’est pas parce qu’un bien abrite contre la neige que ce bien devient un « abri contre la neige » au sens de la LPRI. Si tel était le cas, tous les bâtiments sur le site du Vieux-Port dotés d’un toit seraient des abris contre la neige au sens de cette loi.

the Old Port site would be a snow shed under this statute. This is certainly not what Parliament intended when it included the term “snow sheds” in item 12 of Schedule II to the PILT Act. When an item in Schedule II mentions several things, they share common characteristics. The respondent has engaged in some questionable mental gymnastics, unreasonably attempting to slot the parkades and indoor parking lots into one of the exceptions to the concept of federal property, and has, in so doing, disregarded the purpose of the PILT Act. Automatically excluding a federal highway from the PILT base simply because it also provides access to private property seems to be contrary to the intent of the PILT Act and to the text of paragraph 2(3)(g) itself. This paragraph provides that public highways are to be classified as federal property if their primary function is to provide immediate access to real property or immovables owned by the Crown. With some exceptions, the respondent respected neither the principles of statutory interpretation applicable to the PILT Act nor the intent of Parliament. As a result, its exercise of its discretion to pay PILTs was unreasonable.

Concerning the applicability of the Parking Lot By-law, the issue here was whether it was reasonable for the respondent to conclude that if the parking areas had belonged to a private owner and been taxable, the tax rate applicable to them would have excluded the tax imposed by the Parking Lot By-law. The response to this question must be negative. Section 3 of the PILT Act allows for payments in lieu of any taxes applicable within the areas in which the federal properties at issue are situated. This is a territorial condition rather than a material or formal condition. Section 151.9 of the *Charter of Ville de Montréal* prohibits the imposition of a tax in respect of certain persons. It is only if the applicant imposes a tax on the OPMC that this section and section 125 of the Constitution are applicable. The Parking Lot By-law must be taken into account when the respondent exercises its discretion in calculating the annual PILT; otherwise, the end result will be a fictitious tax rate for the PILTs, as not all the taxes making up the effective rate would be taken into account.

For PILT purposes, there is no reason to treat the Old Port site differently just because it was built with fill south of De la Commune Street up to a certain point in the St. Lawrence River, and after that point with the addition of cribwork to reinforce the structure rather than occupying the surface of the riverbed with fill only. The property value of the OPMC’s “land” must be calculated as if the land were situated on the quays—the usable surface—just as if it were situated on any infilled area within the City’s territory. These quays are permanently fixed to dry land, cannot be removed and are the site of important immovables that support lucrative commercial activities, such as parkades and indoor parking lots, the Science Centre and the IMAX theatre. Therefore, it would be unreasonable and contrary

Ce n’est certainement pas ce que le législateur a voulu dire en incluant l’expression « abri contre la neige » au paragraphe 12 de l’annexe II de la LPRI. Lorsqu’un paragraphe de l’annexe II énonce plusieurs choses, celles-ci comportent des caractéristiques communes. La défenderesse s’est livrée à une périlleuse gymnastique intellectuelle pour essayer de rattacher d’une façon déraisonnable les stationnements intérieurs ou étagés à l’une des exceptions de la notion de propriété fédérale, et semble avoir fait abstraction de l’objet de la LPRI. L’exclusion automatique d’une voie fédérale de l’assiette des PERI du simple fait qu’elle donne aussi accès à des propriétés privées semble contraire à l’esprit de la LPRI et au texte de l’alinéa 2(3)g) lui-même. Cet alinéa dispose que les voies publiques doivent être qualifiées de propriété fédérale dans les cas où elles ont comme fonction première de permettre l’accès direct à des propriétés de la Couronne. Sauf quelques exceptions, la défenderesse n’a pas respecté les principes d’interprétation du texte de la LPRI et l’intention du législateur. Il en résulte que l’exercice qu’elle a fait de son pouvoir discrétionnaire de verser des PERI était déraisonnable.

En ce qui concerne l’applicabilité du Règlement sur les stationnements, la question à poser en l’espèce était celle de savoir s’il était raisonnable de la part de la défenderesse de conclure que si les stationnements appartenaient à un propriétaire privé et étaient taxables, le taux de taxation applicable à ces lieux exclurait la taxe imposée par le Règlement sur les stationnements. La réponse à cette question doit être négative. L’article 3 de la LPRI permet les PERI pour toutes taxes applicables sur les lieux où se situent les propriétés fédérales en question. Il s’agit d’une condition territoriale et non matérielle ou formelle. L’article 151.9 de la *Charte de la Ville de Montréal* interdit l’imposition d’une taxe à certaines personnes déterminées. C’est seulement si la demanderesse impose une taxe à la SVPM que l’article 151.9, ainsi que l’article 125 de la Constitution, sont applicables. Le Règlement sur les stationnements doit être pris en considération lorsque la défenderesse exerce son pouvoir discrétionnaire en matière de calcul du PERI annuel, sinon le résultat final sera un taux fictif pour le PERI, car toutes les taxes qui composent le taux effectif ne seront pas prises en compte.

Aux fins des PERI, il n’y a aucune raison de traiter différemment le site du Vieux-Port simplement parce qu’il a été construit avec du remblai au sud de la rue de la Commune jusqu’à un certain point dans le fleuve Saint-Laurent, et ensuite à l’aide de caissons afin de renforcer la structure plutôt que d’occuper la surface du lit de la rivière avec seulement du remblai. La valeur effective des « terrains » de la SVPM doit être calculée comme si les terrains étaient situés sur les quais — la surface exploitable — tout comme s’ils étaient situés sur n’importe quel remblai dans le territoire de la Ville. Ces quais sont attachés de façon permanente à la terre ferme, sont inamovibles et abritent des bâtiments importants qui permettent l’exercice d’activités commerciales lucratives, comme des

to the spirit of fairness in the PILT Act to assess the land at issue as deep-water lots of nominal value. Whether the acts of assignment of the Old Port site from Her Majesty the Queen to the respondent refer to the land as the riverbed or the surface of the quays is immaterial. Any such designation was made for the purpose of identifying the property being assigned, not for determining the value attributable to the land.

The respondent cannot rely on section 4 of the *Interim Payments and Recovery of Overpayments Regulations* as the source of an entitlement to recover the alleged overpayment of 2013. The *Crown Corporations Payments Regulations* allow for the recovery of certain payments made by Crown corporations. However, this possibility is clearly limited to interim payments made in the context of a challenge, which is not the case here. Its final payment having been made for the year 2013, it was unreasonable for the respondent to re-evaluate this decision the following year and effect compensation between the so-called overpayment and the PILTs due for the years from 2014 until the balance of the overpayment was exhausted in 2020.

The respondent's decision to make no PILT with respect to the "land" covered by the right-of-way for the railway tracks and rail yard was neither intelligible nor transparent; it was therefore unreasonable.

The annual decisions rendered by the respondent between 2014 and 2020 determining the amount of the PILT owing were set aside, and this matter was remitted to the respondent for redetermination.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Act respecting municipal taxation*, CQLR, c. F-2.1, ss. 46, 204, 208.
- By-law Concerning Property Taxes on Parking Lots*, (fiscal year 2013) (12-057), Council of the City of Montréal, adopted December 17, 2012, s. 11.
- By-law Concerning Property Taxes on Parking Lots*, (fiscal year 2014) (14-008), Council of the City of Montréal, adopted February 24, 2014, s. 11.
- By-law Concerning Property Taxes on Parking Lots*, (fiscal year 2015) (14-046), Council of the City of Montréal, adopted December 10, 2014, s. 11.
- By-law Concerning Property Taxes on Parking Lots*, (fiscal year 2016) (15-093), Council of the City of Montréal, adopted December 9, 2015, s. 11.

stationnements intérieurs et à étages, le Centre des sciences et le Cinéma IMAX. Dans ce contexte, il serait déraisonnable et contraire à l'équité de la LPRI d'évaluer les terrains en cause comme des lots en eau profonde avec une évaluation minimale. Il importe peu que les actes de cession du site du Vieux-Port de Sa Majesté la Reine à la défenderesse aient qualifié les terrains comme étant le fond du fleuve ou la surface des quais. Cette désignation a été faite dans le but d'identifier les biens qui étaient cédés, non pas pour déterminer la valeur attribuable aux terrains.

L'article 4 du *Règlement sur les versements provisoires et les recouvrements* ne permet pas à la défenderesse de se prévaloir d'un quelconque droit à un recouvrement du prétendu trop payé de 2013. Le *Règlement sur les paiements versés par les sociétés d'état* permet de recouvrer certains paiements effectués par les sociétés d'État. Toutefois, cette possibilité est clairement limitée aux paiements provisoires où une certaine contestation est annoncée, contrairement à la présente affaire. Ayant effectué son paiement final pour l'année 2013, il était déraisonnable pour la défenderesse de remettre en cause cette décision au cours de l'année suivante et ensuite appliquer le montant du prétendu trop-perçu sur les PERI qui étaient dus pour les années 2014 jusqu'à épuisement du solde du trop-perçu en 2020.

La décision de la défenderesse de ne payer aucun montant à titre de PERI à l'égard des « terrains » formant l'emprise de la voie ferrée et de la cour de triage ferroviaire était ni intelligible, ni transparente; elle était donc déraisonnable.

Les décisions annuelles rendues par la défenderesse prises entre 2014 et 2020 déterminant le montant payable de PERI ont été annulées et la présente affaire a été renvoyée à la défenderesse pour nouvelle détermination.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte de la Ville de Montréal, métropole du Québec*, RLRQ, ch. C-11.4, art. 149–151.6, 151.8, 151.9.
- Code civil du Québec*, RLRQ, ch. CCQ-1991, art. 900.
- 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. 125.
- Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 8.1, 8.2, 12.
- Loi maritime du Canada*, L.C. 1998, ch. 10, art. 6(1), 7(1), ann., partie 1, n° 4.
- Loi sur la fiscalité municipale*, RLRQ, ch. F-2.1, art. 46, 204, 208.
- Loi sur le parc marin du Saguenay — Saint-Laurent*, L.C. 1997, ch. 37, art. 4.



*By-law Concerning Property Taxes on Parking Lots*, (fiscal year 2017) (16-067), Council of the City of Montréal, adopted December 14, 2016, s. 11.

*Canada Marine Act*, S.C. 1998, c. 10, ss. 6(1), 7(1), Sch., Part 1, Item 4.

*Canada National Parks Act*, S.C. 2000, c. 32, ss. 4(1), 8(2).

*Charter of Ville de Montréal, metropolis of Québec*, CQLR, c. C-11.4, ss. 149–151.6, 151.8, 151.9.

*Cities and Towns Act*, CQLR, c. C-19, s. 500.1.

*Civil Code of Québec*, CQLR, c. CCQ-1991, art. 900.

*Compendium of Tariffs of Private Transportation by Taxi*, R.R.Q., c. S-6.01, r. 4, s. 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. 125.

*Crown Corporation Payments Regulations*, SOR/81-1030, ss. 5, 6, 7, 12.

*Federal Real Property and Immovables Act*, S.C. 1991, c. 50, s. 2 “immovable”, “real property”.

*Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148.

*Interim Payments and Recovery of Overpayments Regulations*, SOR/81-226, ss. 3, 4.

*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 8.1, 8.2, 12.

*Payments in Lieu of Taxes Act*, R.S.C., 1985, c. M-13, ss. 2(1) “effective rate”, “federal property”, “property value”, (3), 2.1, 3, 4, 11(1), 11.1, 15, Sch. II, III, IV.

*Saguenay-St. Lawrence Marine Park Act*, S.C. 1997, c. 37, s. 4.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Montréal (City) v. Montreal Port Authority*, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653.

##### DISTINGUISHED:

*Montréal (City) v. Montreal Port Authority*, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427 (as to the use of the existing tax system to interpret, qualify or modify the exceptions to the concept of “federal property”); *Trois-Rivières (City) v. Trois-Rivières Port Authority*, 2015 FC 106.

##### REFERRED TO:

*Halifax (Regional Municipality) v. Canada (Public Works and Government Services)*, 2012 SCC 29, [2012] 2 S.C.R. 108; *Johns-Manville Canada v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 46, (1985), 21 D.L.R. (4th) 210; *Québec (Communauté urbaine)*

*Loi sur les cités et villes*, RLRQ, ch. C-19, art. 500.1.

*Loi sur les immeubles fédéraux et les biens réels fédéraux*, L.C. 1991, ch. 50, art. 2 « biens réels », « immeuble ».

*Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts*, L.R.C. (1985), ch. M-13, art. 2(1) « propriété fédérale », « taux effectif », « valeur effective », (3), 2.1, 3, 4, 11(1), 11.1, 15, ann. II, III, IV.

*Loi sur les parcs nationaux du Canada*, L.C. 2000, ch. 32, art. 4(1), 8(2).

*Recueil des tarifs du transport privé par taxi*, R.R.Q., ch. S-6.01, r. 4, art. 8.

*Règlement concernant la taxe foncière sur les parcs de stationnement*, (exercice financier 2013) (12-057), Conseil de la Ville de Montréal, adopté le 17 décembre 2012, art. 11.

*Règlement concernant la taxe foncière sur les parcs de stationnement*, (exercice financier 2014) (14-008), Conseil de la Ville de Montréal, adopté le 24 février 2014, art. 11.

*Règlement concernant la taxe foncière sur les parcs de stationnement*, (exercice financier 2015) (14-046), Conseil de la Ville de Montréal, adopté le 10 décembre 2014, art. 11.

*Règlement concernant la taxe foncière sur les parcs de stationnement*, (exercice financier 2016) (15-093), Conseil de la Ville de Montréal, adopté le 9 décembre 2015, art. 11.

*Règlement concernant la taxe foncière sur les parcs de stationnement*, (exercice financier 2017) (16-067), Conseil de la Ville de Montréal, adopté le 14 décembre 2016, art. 11.

*Règlement sur les paiements versés par les sociétés d'état*, DORS/81-1030, art. 5, 6, 7, 12.

*Règlement sur les versements provisoires et les recouvrements*, DORS/81-226, art. 3, 4.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653.

##### DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES:

*Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427 (en ce qui concerne l'utilisation du régime fiscal existant pour interpréter, qualifier ou modifier les exceptions de la notion de « propriété fédérale »); *Trois-Rivières (Ville) c. Administration portuaire de Trois-Rivières*, 2015 CF 106.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Halifax (Regional Municipality) c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2012 CSC 29, [2012] 2 R.S.C. 108; *Johns-Manville Canada c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46; *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de*

*v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, 63 Q.A.C. 161; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Pharmascience Inc. v. Binet*, 2006 SCC 48, [2006] 2 S.C.R. 513; *Corporation d'Urgences-santé c. Syndicat des employées et employés d'Urgences-santé (CSN)*, 2015 QCCA 315; *Québec (Procureur général) c. Paulin*, 2007 QCCA 1716, [2008] R.J.Q. 16; *City of Montréal v. Montréal Port Authority*, 2007 FC 701, 314 F.T.R. 250; *Pfizer Co. Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 456, (1975), 68 D.L.R. (3d) 9; *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660, (1977), 17 N.R. 486; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Montréal Port Authority v. Montréal (City)*, 2008 FCA 278, revd on other grounds 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427; *Cold Lake (City) v. Canada (Public Services and Procurement)*, 2021 FC 405.

## AUTHORS CITED

*Merriam-Webster Dictionary*, “park”, online: <<http://merriamwebster.com>>.  
*Oxford English Dictionary Online*, Oxford University Press, “park”.

APPLICATION for judicial review of annual decisions rendered by the respondent between 2014 and 2020 determining the amount of discretionary and voluntary payments in lieu of taxes (PILTs) owing, deemed inappropriate and unreasonable by the applicant. Application allowed.

## APPEARANCES

*Louis Béland* for applicant.  
*François Barette* for respondent.  
*Isabelle Mathieu-Millaire* and *Lindy Rouillard-Labbé* for intervener.

## SOLICITORS OF RECORD

*Dufresne Hébert Comeau Inc.*, Montréal, for applicant.  
*Fasken Martineau DuMoulin LLP*, Montréal, for respondent.  
*Deputy Attorney General of Canada* for intervener.

*Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Pharmascience inc. c. Binet*, 2006 CSC 48, [2006] 2 R.C.S. 513; *Corporation d'Urgences-santé c. Syndicat des employées et employés d'Urgences-santé (CSN)*, 2015 QCCA 315, 2015 CarswellQue 1018 (WL Can); *Québec (Procureur général) c. Paulin*, 2007 QCCA 1716, [2008] R.J.Q. 16; *Ville de Montréal c. Administration portuaire de Montréal*, 2007 CF 701; *Pfizer Co. Ltd. c. Sous-ministre du Revenu National*, [1977] 1 R.C.S. 456; *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Administration portuaire de Montréal c. Montréal (Ville)*, 2008 CAF 278, inf. pour d'autres motifs par 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427; *Cold Lake (Ville) c. Canada (Services publics et Approvisionnement)*, 2021 CF 405.

## DOCTRINE CITÉE

Larousse. *Dictionnaire de français*, « parc », en ligne : <<http://www.Larousse.fr>>.  
 Office québécois de la langue française. *Grand Dictionnaire terminologique*, « parc », en ligne : <<https://gdt.oqlf.gouv.qc.ca>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire de décisions annuelles rendues par la défenderesse prises entre 2014 et 2020 déterminant le montant payable de paiements discretionnaires et volontaires en remplacement de l'impôt foncier (PERI), jugé inadéquat et déraisonnable par la demanderesse. Demande accueillie.

## ONT COMPARU :

*Louis Béland* pour la demanderesse.  
*François Barette* pour la défenderesse.  
*Isabelle Mathieu-Millaire* et *Lindy Rouillard-Labbé* pour l'intervenant.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Dufresne Hébert Comeau Inc.*, Montréal, pour la demanderesse.  
*Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Montréal, pour la défenderesse.  
*La sous-procureure générale du Canada* pour l'intervenant.

*The following is the English version of the reasons for judgment and judgment rendered by*

*Voici les motifs du jugement et le jugement rendus en français par*

PAMEL J.:

LE JUGE PAMEL :

TABLE OF CONTENTS

I. Introduction .....	1
II. A brief history.....	11
III. Issues .....	21
IV. The relevant legislation .....	22
V. Discussion .....	27
A. Preliminary issues.....	27
B. The applicable standard of review .....	31
C. The interpretation of the PILT Act .....	48
D. The merits of the case .....	62
1. Does the property in dispute between the parties constitute federal property within the meaning of the PILT Act? .....	66
(a) The exclusions at issue .....	67
i. Urban parks — paragraph 2(3)(c) of the PILT Act .....	67
a. The Old Port site as a whole.....	82
b. The quays, promenades and buildings .....	102
i. The Old Port Promenade and the Promenade des Artistes .....	104
ii. The Clock Tower Quay .....	106
iii. The Bonsecours Basin Pavilion, including buildings 4 and 5, namely, the Terrasse Bonsecours and the pavilion (Chalet Bonsecours)...	107
iv. The Jacques Cartier Quay.....	109
a. The Jacques Cartier Quay Promenade ...	113

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction .....	1
II. Un peu d'histoire.....	11
III. Questions en litige.....	21
IV. La législation pertinente .....	22
V. Discussion .....	27
A. Questions préliminaires .....	27
B. La norme de contrôle applicable.....	31
C. Interprétation de la LPRI.....	48
D. Le fond de la controverse.....	62
1. Les biens controversés entre les parties constituent-ils des propriétés fédérales au sens de la LPRI?.....	66
a) Les exclusions en cause.....	67
i. La notion de parc urbain — alinéa 2(3)c) de la LPRI.....	67
a. L'ensemble du site du Vieux-Port.....	82
b. Les quais, promenades et bâtiments .....	102
i. Promenade du Vieux-Port et Promenade des Artistes .....	104
ii. Le terrain du Quai de l'Horloge.....	106
iii. Le pavillon Bonsecours, incluant les bâtiments 4 et 5, soit la Terrasse Bonsecours et le pavillon (Chalet Bonsecours) .....	107
iv. Le terrain du Quai Jacques-Cartier .....	109
a. Promenade du Quai Jacques-Cartier.....	113

v. The King Edward Quay .....	114	v. Le terrain du Quai King-Edward .....	114
a. The King Edward Quay Promenade...	118	a. La promenade du Quai King-Edward.....	118
vi. The Alexandra Quay .....	119	vi. Le terrain du Quai Alexandra.....	119
c. The parking areas.....	121	c. Les stationnements.....	121
ii. Any structure or work — paragraph 2(3)(a) of the PILT Act .....	128	ii. Les constructions ou ouvrages — alinéa 2(3)a) de la LPRI.....	128
a. The Jacques Cartier Quay’s elevated walkway .....	130	a. La passerelle surélevée du Quai Jacques-Cartier.....	130
b. The parking areas.....	131	b. Les stationnements.....	131
iii. Snow sheds — paragraph 2(3)(b) – Schedule II — item 12.....	142	iii. Abris contre la neige — alinéa 2(3)b) — Annexe II — point 12 .....	142
iv. Public highways.....	160	iv. Les voies publiques .....	160
(b) Conclusion on exclusions ...	176	b) Conclusion sur les exclusions.....	176
2. Are the OPMC’s parking lots subject to the Parking Lot By-law? ...	180	2. Les stationnements de la SVPM sont-ils assujettis au Règlement sur les stationnements? .....	180
(a) Is the City authorized to levy this tax? .....	182	a) La Ville est-elle autorisée à imposer cette taxe?.....	182
(b) Are the parking lots situated outside the areas in which this tax is applicable?.....	191	b) Les stationnements sont-ils situés à l’extérieur des secteurs auxquels cette taxe s’applique? .....	191
3. Is the OPMC’s land situated in deep water? .....	199	3. Les terrains de la SVPM sont-ils situés en eau profonde?.....	199
4. Was it open to the OPMC to effect compensation between the amount it had allegedly overpaid in 2013 and the payments for the following years?.....	221	4. La SVPM pouvait-elle opérer compensation du montant qu’elle a prétendument trop payé en 2013 pour les années subséquentes?.....	221
5. The land under the right-of-way for the railway tracks and rail yard .....	228	5. Les terrains sous l’emprise de la voie ferrée et de la cour de triage.....	228
6. Conclusion and discretion with respect to measurement.....	244	6. Conclusion et le pouvoir discrétionnaire en matière de mesure ...	244
7. Costs .....	252	7. Dépens .....	252

## 1. Introduction

[1] The Tavern on the Green restaurant in New York City is an entertainment venue, a veritable landmark, but it would be difficult to argue that its commercial nature strips Central Park of its essence as a park. Would adding a zoo strip the park of this essence? If not, what would happen to the park if one were to add an IMAX theatre, a science centre, a Ferris wheel, a nightclub, a spa and grounds for the Cirque du Soleil? Have we crossed the Rubicon and transformed the space from a park into an entertainment site? If so, at what moment did this occur? At what point did we cease to see the Tivoli Gardens, with their pretty flowers, bandstands, rides and boat tours on the lake as a garden with a handful of amusements and begin to see it as one of the largest amusement parks in Copenhagen? I know that the moment of this mutation cannot be pinned down to the second, but, to paraphrase the immortal words of Justice Potter Stewart, I may not be able to define the tipping point very precisely, but I know it when I see it.

[2] Crown properties are immune from taxation. To balance tax fairness for municipalities with the preservation of this constitutional immunity from taxation, and to compensate for the taxes that the municipalities would otherwise have levied, the federal government created a regime of discretionary and voluntary payments in lieu of taxes (PILTs) within the meaning of the *Payments in Lieu of Taxes Act*, R.S.C., 1985, c. M-13 (PILT Act). When the properties covered by the PILT scheme belong to a federal Crown corporation, the latter becomes responsible for the management of the regime set out in the PILT Act.

[3] The Old Port of Montréal Corporation (OPMC), a corporation exclusively controlled by the Canada Lands Company Ltd. mentioned in Schedule III to the PILT Act, is such a corporation. All of the Old Port of Montréal site (Old Port site) belongs to it, except for the Alexandra Quay, which the OPMC leased from the Port of Montréal until December 31, 2015. Each year, the OPMC receives a PILT request from Ville de Montréal (City), a legal person established in the public interest incorporated under the *Charter of Ville de Montréal, metropolis of Québec*,

## I. Introduction

[1] Le restaurant Tavern on the Green à New York est un lieu de plaisance, un véritable emblème, mais on peut difficilement soutenir que sa nature commerciale fait perdre à Central Park son essence de parc. Ajouter un zoo lui ferait-il perdre cette essence? Sinon, qu'advierait-il de ce parc si on y ajoutait un cinéma IMAX, un centre scientifique, une grande roue, une boîte de nuit, un spa et une maison pour le Cirque du Soleil? Aurons-nous alors franchi le Rubicon en passant du parc au site de divertissement? Dans l'affirmative, à quel moment aurons-nous effectué ce passage? À quel moment avons-nous cessé de voir le jardin Tivoli, avec ses jolies fleurs, ses kiosques à musique dansante, ses manèges et ses tours du lac, comme un jardin avec une distraction occasionnelle, pour y voir l'un des plus grands centres d'attractions de Copenhague? Je dois avouer que le moment exact de cette mutation n'est pas tranché au couteau, mais, pour paraphraser les immortelles paroles du juge Potter Stewart, je ne parviendrai peut-être pas à définir de manière intelligible ce passage, mais je le sais quand je le vois.

[2] Les propriétés de la Couronne jouissent d'une immunité fiscale. Afin de concilier l'équité fiscale envers les municipalités et la préservation de cette immunité fiscale constitutionnelle et ainsi compenser les impôts autrement perçus par les municipalités, le gouvernement fédéral a créé le régime de paiements discrectionnaires et volontaires en remplacement de l'impôt foncier (PERI) au sens de la *Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts*, L.R.C. (1985), ch. M-13 (LPRI). Lorsque les propriétés visées par le régime des PERI appartiennent à une société d'État fédérale, la gestion du régime prévu par la LPRI revient à celle-ci.

[3] La Société du Vieux-Port de Montréal (SVPM), une société exclusivement contrôlée par la Société immobilière du Canada ltée mentionnée à l'annexe III de la LPRI, est une telle société. L'ensemble du site du Vieux-Port de Montréal (site du Vieux-Port) lui appartient, à l'exception du Quai Alexandra que la SVPM a loué du port de Montréal jusqu'au 31 décembre 2015. La SVPM reçoit chaque année une demande de PERI de la part de la Ville de Montréal (Ville), une personne morale de droit public constituée en vertu de la *Charte de la Ville de Montréal*,

CQLR, c. C-11.4 (City Charter), and a taxing authority within the meaning of the PILT Act with the power to collect taxes and other charges from owners of real property situated in its territory. In response to this request, the OPMC sends to the City each year a decision in which it provides a summary explanation of the amount of its PILT and, if applicable, the exclusions from the concept of “federal property” that it relies on to establish the amount of the payment.

[4] Since 2014, there has been disagreement between the City and the OPMC as to the property value and the composition of the “federal property” within the meaning of the PILT Act [subsection 2(1)] of lots 1 180 167, 4 132 346, 4 132 347, 4 132 348, 4 132 350, 4 132 354, 4 132 355, 4 132 356, 4 171 037 and 4 171 038 in the Quebec cadastre, namely, the Old Port site. One of the OPMC’s arguments is that the Old Port site, as a whole, including the Alexandra Quay, is a park (and therefore not “federal property” within the meaning of the PILT Act) and that it should therefore not be required to make PILTs for this territory on the basis of an exemption set out in the PILT Act. In the alternative, the OPMC argues that several other features of the Old Port site do not meet the definition of “federal property” in the PILT Act in accordance with other exemptions set out in that act and that these features are therefore not covered by the PILT scheme.

[5] Because of this position, taken between 2014 and 2020, the City is seeking judicial review of the annual decisions rendered by the OPMC determining the amount of the PILT owing (the OPMC decisions), which the City deemed insufficient and unreasonable. At the request of the parties, the Court ordered the consolidation of proceedings in dockets T-1262-14, T-2147-14, T-635-15, T-613-16, T-592-17, T-714-18, T-650-19 and T-836-20 so that these could be handled in a single hearing.

[6] To be clear, the parties are not asking the Court to decide the effective rate to be applied to the properties, or the property value of these properties given that these issues must be determined at a later stage. What must be considered here is the establishment by the OPMC

*métropole du Québec*, RLRQ, ch. C-11.4 (Charte de la Ville), et une autorité taxatrice au sens de la LPRI ayant le pouvoir de percevoir des taxes et autres redevances des propriétaires d’immeubles situés sur son territoire. En réponse à cette demande, la SVPM fait parvenir à la Ville chaque année une décision dans laquelle elle explique de façon sommaire le montant de son PERI et, le cas échéant, les exclusions de la notion de « propriété fédérale » qu’elle invoque pour établir le montant de son paiement.

[4] Depuis 2014, une mésentente subsiste entre la Ville et la SVPM quant à la valeur effective et à la composition de la « propriété fédérale » au sens de la LPRI [paragraphe 2(1)] des lots 1 180 167, 4 132 346, 4 132 347, 4 132 348, 4 132 350, 4 132 354, 4 132 355, 4 132 356, 4 171 037 et 4 171 038 du cadastre du Québec, soit le site du Vieux-Port. La SVPM soutient notamment que le site du Vieux-Port dans son ensemble, incluant le Quai Alexandra, est un parc (donc exclu de la désignation de « propriété fédérale » au sens de la LPRI) et qu’elle serait ainsi dispensée de l’obligation de faire des PERI pour ce territoire suivant une exclusion prévue dans la LPRI. Subsidiairement, la SVPM soutient que plusieurs autres éléments du site de Vieux-Port ne répondent pas à la définition de « propriété fédérale » prévue à la LPRI conformément à d’autres exemptions prévues dans cette loi et que ces éléments ne seraient donc pas soumis au régime des PERI.

[5] En conséquence de cette prise de position, entre 2014 et 2020, la Ville demande le contrôle judiciaire des décisions annuelles rendues par la SVPM déterminant le montant payable de PERI (les décisions de la SVPM), jugé inadéquat et déraisonnable par la Ville. À la demande des parties, la Cour a ordonné la réunion d’instances dans les dossiers T-1262-14, T-2147-14, T-635-15, T-613-16, T-592-17, T-714-18, T-650-19 et T-836-20 afin que ceux-ci fassent l’objet d’une seule et même audition commune.

[6] Pour être clair, les parties ne demandent pas à la Cour de se prononcer sur le taux effectif à appliquer aux propriétés, ni sur la valeur effective de ces propriétés étant donné que ces questions doivent être déterminées à un stade ultérieur. En l’espèce, est plutôt en jeu la détermination de

of the Old Port site's property base; the issues involve (i) the interpretation of the concept of "federal property" within the meaning of the PILT Act so that the features constituting the properties subject to PILTs might be determined, (ii) the applicability of the *By-law Concerning Property Taxes on Parking Lots*, adopted each year by the City for fiscal years 2013 to 2017 (Parking Lot By-law), and (iii) the OPMC's position that certain parts of the Old Port are situated [TRANSLATION] "in deep water".

[7] Finally, I must address the issue of the OPMC's right to effect compensation between its alleged overpayment for the 2013 fiscal year and the payments for subsequent years.

[8] I should note that I have made visits to the Old Port site myself over the course of many years, visits that I have appreciated; I have taken boat trips on the river, attended movies and concerts and enjoyed a glass or two at the Belvedere at private events. The parties even organized a visit to the Old Port site for me before the hearing in this case so that I might understand the features of the Old Port site being debated here.

[9] The parties agree that some features of the Old Port site—such as the linear park and most of the Bonsecours Basin—are indeed parks by nature and have been developed as such. These features do not, therefore, fall within the definition of "federal property" within the meaning of the PILT Act. That said, I am of the view that, as a whole, the Old Port site is not a "park" within the meaning of the PILT Act. Moreover, and with some exceptions, I am persuaded that it was unreasonable for the OPMC to decide that the controversial features of the Old Port site did not fall within the definition of "federal property" set out in the PILT Act.

[10] For the reasons that follow, I allow the application for judicial review, with costs.

l'assiette fiscale du site du Vieux-Port par la SVPM; les questions en litige concernent (i) l'interprétation de la notion de « propriété fédérale » au sens de la LPRI afin que soient déterminés les éléments qui constituent les propriétés assujetties aux PERI, (ii) l'applicabilité du *Règlement concernant la taxe foncière sur les parcs de stationnement*, adopté chaque année pour l'exercice financier 2013 à 2017 (Règlement sur les stationnements) adopté chaque année par la Ville, et (iii) la thèse de la SVPM portant que certaines parties du Vieux-Port sont situées « en eau profonde ».

[7] Enfin, je dois me prononcer sur le droit de la SVPM d'opérer compensation entre ce qu'elle considère comme un trop payé pour l'année 2013 et les années subséquentes.

[8] Je dois préciser que je me suis personnellement rendu au site du Vieux-Port pendant de nombreuses années, visites que j'ai apprécies; j'ai participé à des excursions en bateau le long du fleuve, assisté à des films et à des concerts, et pris un verre ou deux au Belvédère lors de soirées privées. Les parties ont même organisé une visite du site du Vieux-Port pour moi avant le début de l'audience dans cette affaire afin que je puisse comprendre les éléments du site du Vieux-Port qui font l'objet du présent litige.

[9] Il n'est pas controversé entre les parties que certains éléments du site du Vieux-Port — par exemple le parc linéaire et la plupart du bassin Bonsecours — ont effectivement un caractère de parc et sont aménagés comme tels. Ces éléments ne relèvent donc pas de la définition de « propriété fédérale » au sens de la LPRI. Cela dit, je suis d'avis que dans son ensemble, le site du Vieux-Port n'est pas un « parc » au sens de la LPRI. De plus, et à part quelques exceptions, je suis convaincu qu'il était déraisonnable pour la SVPM de décider que les éléments controversés du site du Vieux-Port ne répondent pas à la définition de « propriété fédérale » consacrée par la LPRI.

[10] Pour les raisons qui suivent, j'accueille la demande de contrôle judiciaire, avec dépens.

## II. A brief history

[11] At the end of the 18th century, those who frequented what we now know as De la Commune Street in Old Montréal could not enjoy the current attractions of the Old Port site, such as the Science Centre, the IMAX theatre or even the parkades. In fact, it would have been impossible for them even to walk where those attractions are located since, at that time, there was nothing but the St. Lawrence River beyond this street.

[12] All that changed in the early 19th century when Montréal merchants, mainly lumber merchants, began to extend the solid ground with landfill to build quays in front of their warehouses on De la Commune Street.

[13] Toward the end of the 19th century and beginning of the 20th century, with the development and expansion of the Port of Montréal, the entrance of which was marked by the historic Clock Tower, and to serve larger ocean-going vessels with deeper draughts and ensure better protection against ice and flooding, the old quays were filled in and new cribs were installed when the quays were raised. This cribwork, which is also under the sidewalk and roadway of the Old Port promenade towards De la Commune Street, remains to this day one of the components of the quays forming the foundation of the Old Port site. These quays are composed of cribwork made of timber, poured concrete and various other materials, and they extend the solid ground by more than 300 meters into what had previously been the St. Lawrence River.

[14] The OPMC was founded in 1981, a few years after the eastward shift of most of the harbour activities of the Port of Montréal and following the federal government's announcement of its intention to redevelop the old section of the port located in Old Montréal. Although Her Majesty the Queen owned the land currently known as the Old Port site, the PILTs were managed by the Minister of Public Works and Government Services Canada (PWGSC)—now called the Minister of Public Services and Procurement Canada—who is an intervener in this

## II. Un peu d'histoire

[11] À la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, les passants qui fréquentaient ce que nous connaissons aujourd'hui comme la rue de la Commune dans le Vieux-Montréal ne pouvaient bénéficier des attraits actuels du site du Vieux-Port, comme le Centre des sciences, le cinéma IMAX ou encore les stationnements à étage. En fait, si ces passants avaient même tenté de marcher là où nous marchons pour profiter de ces attraits, cela leur aurait été impossible, car à l'époque, il n'y avait rien de plus que le fleuve Saint-Laurent au-delà de cette rue.

[12] Tout cela a changé au début du XIX<sup>e</sup> siècle lorsque les marchands montréalais, principalement dans le commerce du bois, ont commencé à élargir la terre ferme avec du remblai afin de construire des quais devant leurs entrepôts sur la rue de la Commune.

[13] Vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle, avec le développement et l'expansion du port de Montréal dont l'entrée était marquée par l'historique tour de l'Horloge, et afin de desservir de plus grands navires océaniques avec des tirants d'eau plus importants ainsi que pour assurer une meilleure protection contre les glaces et les inondations, les anciens quais ont été remblayés et de nouveaux caissons ont été installés lors du rehaussement des quais. Ces caissons, qui se trouvent aussi sous le trottoir et la chaussée de la promenade du Vieux-Port en direction de la rue de la Commune, sont encore à ce jour un des composants des quais formant l'assise du site du Vieux-Port. Ces quais sont ainsi composés de caissons de bois, de béton coulé et de matériaux divers et prolongent la terre ferme de plus de 300 mètres dans ce qui était auparavant le fleuve Saint-Laurent.

[14] La SVPM a été fondée en 1981, quelques années après le déplacement vers l'est de la plupart des activités portuaires du port de Montréal et suite à l'annonce par le gouvernement fédéral de son intention de réaménager la vieille section du port située dans le quartier du Vieux-Montréal. Alors que Sa Majesté la Reine était propriétaire des terrains aujourd'hui connus comme le site du Vieux-Port, la gestion des PERI était effectuée par le ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) — aujourd'hui connu sous le nom



case. At the time, the City and PWGSC were in agreement on which portions of the Old Port site were subject to PILTs and which were excluded.

[15] On November 2, 2009, ownership of the Old Port site was transferred from Her Majesty the Queen in right of Canada to the OPMC, at which time PWGSC ceased managing its PILTs. However, the Attorney General of Canada is nevertheless intervening in this case as a representative of PWGSC on the basis that the issues require a decision regarding key concepts for the PILT program that PWGSC must administer on a regular basis throughout the country.

[16] The Crown corporations listed in schedules III and IV to the PILT Act (including the OPMC) manage their own PILT programs directly and are fully responsible for determining the property base, the value of the property constituting it and the applicable effective rate. PWGSC has no power of supervision or direction with respect to the management of PILT programs by these Crown corporations.

[17] It was following the transfer of ownership of the property at issue to the OPMC that the trouble regarding PILTs began. The difficulties came to a head when, starting in the 2014 taxation year, the OPMC began to rely on new exemptions from the concept of federal property and to claim that some of its lots were situated in deep water and should therefore be subject to a nominal assessment.

[18] For the City, this position sharply reduced the property base and the value of the property that was previously subject to PILTs, resulting in a decrease in PILTs from more than \$3.7 million in 2013 to about \$500,000 annually for the years 2014 to 2019. At the same time, the OPMC reassessed the amount of the PILTs that should have been paid in 2013, taking into account its new reasons, and effected compensation between the so-called overpayment of 2013 and the annual amounts paid by the OPMC to the City as PILTs from 2014 to 2020, resulting in an additional reduction of those amounts.

de ministre des Services publics et Approvisionnement Canada et partie intervenante dans la présente instance. À cette époque, la Ville et TPSGC s'entendaient sur les portions du site du Vieux-Port qui devaient faire l'objet de PERI et lesquelles bénéficiaient d'exclusions.

[15] Or, le 2 novembre 2009, la propriété du site du Vieux-Port a été transférée de Sa Majesté la Reine du Chef du Canada à la SVPM, date à laquelle TPSGC a cessé de gérer ses PERI. Cependant, le procureur général du Canada intervient tout de même en l'espèce à titre de représentant de TPSGC puisque, selon lui, les questions en litige appellent une décision concernant des concepts clés pour le programme des PERI que TPSGC doit administrer sur une base régulière dans tout le pays.

[16] Les sociétés d'État fédérales qui relèvent des annexes III et IV de la LPRI (ce qui est le cas de la SVPM) gèrent directement leurs propres programmes de PERI et ont l'entière responsabilité de déterminer l'assiette fiscale, la valeur effective des biens constituant celle-ci et le taux effectif applicable. TPSGC n'a aucun pouvoir de supervision ou de direction en ce qui concerne la gestion des programmes de PERI par ces sociétés d'État.

[17] C'est suite au transfert de la propriété en question à la SVPM que les difficultés relatives aux PERI ont commencé. Ces difficultés ont culminé à compter de l'exercice financier 2014, lorsque la SVPM s'est mise à invoquer de nouvelles exceptions à la notion de propriété fédérale et à soutenir que certains de ses lots étaient situés en eau profonde et devaient donc faire l'objet d'une évaluation nominale.

[18] Pour la Ville, cette position diminua fortement l'assiette fiscale et la valeur des immeubles qui faisaient auparavant l'objet de PERI, résultant en une réduction de PERI de plus de 3,7 millions de dollars en 2013 à environ 500 000 \$ par année pour les années 2014 à 2019. Du même coup, la SVPM réévalua le montant des PERI qui aurait dû être payé en 2013 en tenant compte de ses nouveaux motifs et effectua une compensation entre le supposé trop-payé de 2013, résultant en une réduction supplémentaire des montants annuels versés par la SVPM à la Ville en PERI de 2014 à 2020.

[19] Moreover, as of 2015, the OPMC advanced the position that the Parking Lot By-law was inapplicable to parking areas situated on quays, as the latter were, in its view, situated in the St. Lawrence River and therefore beyond the By-law's territorial limits.

[20] The OPMC continues to hold these positions, and each of the OPMC's annual decisions regarding PILTs is subject to an application for judicial review by the City. In this case, therefore, the issue is whether the positions adopted by the OPMC are reasonable.

### III. Issues

[21] The five issues are the following:

1. What is the applicable standard of review?
2. Does the disputed property constitute federal property within the meaning of the PILT Act?
3. Are the OPMC's parking lots subject to the Parking Lot By-Law?
4. Is the OPMC's land situated "in deep water"?
5. Was it open to the OPMC to effect compensation between the amount it had allegedly overpaid in 2013 and the payments for the following years?

### IV. The relevant legislation

[22] The provisions applicable to this case can be found in the Appendix to this decision.

[23] Under the federal PILT program, which is governed by the PILT Act and its regulations, the federal Crown agrees to pay, subject to certain conditions, payments in lieu of taxes to municipalities on its "federal properties" within the meaning of the PILT Act. The purpose of this legislative scheme is to administer payments in lieu of taxes fairly and equitably while at the same time preserving the fiscal immunity set out at section 125 of

[19] De plus, à partir de 2015, la SVPM a soutenu la position portant que le Règlement sur les stationnements était inapplicable aux stationnements situés sur ses quais, car ces derniers seraient situés, d'après celle-ci, dans le fleuve Saint-Laurent, soit au-delà de la limite territoriale d'application de ce règlement.

[20] La SVPM maintient ces positions jusqu'à ce jour et chacune des décisions annuelles de la SVPM relatives aux PERI a fait l'objet d'une demande de contrôle judiciaire de la part de la Ville. En l'espèce, il faut donc déterminer si les positions adoptées par la SVPM sont raisonnables.

### III. Questions en litige

[21] Les cinq questions en litige sont les suivantes :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?
2. Les biens visés par le présent litige constituent-ils des propriétés fédérales au sens de la LPRI?
3. Les stationnements de la SVPM sont-ils assujettis au Règlement sur les stationnements?
4. Les terrains de la SVPM sont-ils situés « en eau profonde »?
5. La SVPM pouvait-elle opérer compensation du montant qu'elle a prétendument trop payé en 2013 pour les années subséquentes?

### IV. La législation pertinente

[22] Les dispositions applicables en l'espèce se trouvent dans l'annexe de ma décision.

[23] Par le programme fédéral des PERI, qui est encadré par la LPRI et ses règlements d'application, la Couronne fédérale accepte de verser, sous certaines conditions, des « en-lieu de taxes » aux municipalités sur ses « propriétés fédérales » au sens de la LPRI. Ce régime législatif a pour objet l'administration juste et équitable des paiements en remplacement d'impôt tout en conservant l'immunité fiscale prévue par l'article 125

the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5] (the Constitution). This dual objective was eloquently described by Justice LeBel in a unanimous decision of the Supreme Court in *Montréal (City) v. Montreal Port Authority*, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427 (*MPA 2010*) [at paragraph 20]:

It is clear from the *PILT Act* that Parliament intended to uphold the immunity of federal Crown property from taxation. Section 15 of the Act provides that “[n]o right to a payment is conferred by this Act.” Parliament therefore did not intend to give municipalities the status of creditors of the Crown for payments in lieu of taxes. Instead, it has, through the *PILT Act*, established a system in which municipalities expect to receive payments but the payments are made within the statutory and regulatory framework that Parliament established without renouncing the principle of immunity from taxation. Thus, the *PILT Act* is designed to reconcile different objectives — tax fairness for municipalities and the preservation of constitutional immunity from taxation — that can be attained only by retaining a structured administrative discretion where the setting of the amounts of payments in lieu is concerned. For the purpose of establishing those amounts, the *PILT Act* must define the relationship between the system for setting payments in lieu, on the one hand, and the provincial and municipal tax systems, which can vary from place to place in Canada, on the other. [Emphasis added.]

[24] According to section 15 of the *PILT Act*, no right to a payment is conferred by this scheme. Nor does the Act subject the Crown to provincial legislation or municipal by-laws governing taxes or property taxes (*MPA 2010*, at paragraphs 12–24).

[25] The *Crown Corporation Payments Regulations*, SOR/81-1030 (CCPR), adapt the *PILT* scheme for the Crown corporations and other federal bodies enumerated in Schedule III to the *PILT Act* (Crown corporations), to which the OPMC belongs given its connection to the Canada Lands Company.

[26] Sections 5 and 6 of the CCPR state that Crown corporations pay PILTs in respect of any property that would be federal property if it were under the management, charge and direction of a federal minister.

de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict. ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5] (la Constitution). Ce double objectif a été exposé de façon éloquente par le juge LeBel au nom d’une Cour suprême unanime dans l’arrêt *Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427 (*APM 2010*) [au paragraphe 20] :

La *LPRI* exprime clairement la volonté du Parlement de sauvegarder l’intégrité de l’immunité fiscale des biens de l’État fédéral. En effet, l’art. 15 de cette loi dispose : « La présente loi ne confère aucun droit à un paiement. » Le Parlement n’entend donc pas conférer aux municipalités la qualité de créancières de l’État à l’égard des paiements versés en remplacement des impôts. La *LPRI* établit plutôt un système en vertu duquel les municipalités s’attendent à recevoir des paiements, mais à l’intérieur du cadre législatif et réglementaire qu’a institué le Parlement, sans écarter le principe de l’immunité fiscale. La *LPRI* veut ainsi concilier des objectifs différents — l’équité fiscale envers les municipalités et la préservation de l’immunité fiscale constitutionnelle — dont la réalisation exige le maintien d’un pouvoir discrétionnaire administratif encadré en ce qui concerne la fixation des paiements de remplacement. Pour déterminer ceux-ci, la *LPRI* doit articuler les rapports entre le système de fixation des paiements de remplacement et les régimes fiscaux des provinces et des municipalités, lesquels sont susceptibles de varier d’un endroit à l’autre au Canada. [Je souligne.]

[24] Suivant l’article 15 de la *LPRI*, ce régime ne confère aucun droit à un paiement. De plus, cette loi n’a pas pour effet d’assujettir la Couronne à la législation provinciale ou à la réglementation municipale en matière de taxes ou d’impôt foncier (*APM 2010*, aux paragraphes 12–24).

[25] Le *Règlement sur les paiements versés par les sociétés d’état*, DORS/81-1030 (RSE), adapte le régime des PERI pour les sociétés d’États et autres organismes fédéraux énumérés à l’annexe III de la *LPRI* (sociétés d’État), dont fait partie la SVPM par son rattachement à la Société immobilière du Canada.

[26] Les articles 5 et 6 du RSE prévoient que les sociétés d’État versent des PERI à l’égard des propriétés qui seraient des propriétés fédérales si un ministre fédéral en avait la gestion, la charge et la direction. Ainsi comme

Therefore, like the minister, the Crown corporation (the OPMC) must also determine whether the immovable that is the subject of the application received from the taxing authority meets the definition of “federal property” within the meaning of the PILT Act.

## V. Discussion

### A. *Preliminary issues*

[27] In its memorandum, the City submits that the doctrine of promissory estoppel applies to the OPMC, with the effect that it was not open to the latter to change position in 2014 and decide not to pay PILTs on certain property previously included in the concept of federal property. It appears that, prior to 2014, the City and the OPMC applied the agreement that had been reached by the parties as to which areas should or should not be considered “urban park” not subject to PILTs. However, it is not necessary to address this issue, as the City withdrew this argument at the hearing.

[28] Moreover, considering that the dispute spans several years and that during this period the uses of the immovables and real property making up the Old Port site have changed, as has the operator in the case of the Alexandra Quay, with the consent of the parties, I will render my decision by considering the Old Port site on the basis of the state of the immovables and real property under the OPMC’s control at the time of its 2014 decision.

[29] Over the years, and even at the hearing before me, the parties have found common ground, and several exemptions claimed by the OPMC, or that the City believed the OPMC was claiming, have been dropped, such as the Lachine Canal Historic Site and the Bonsecours Basin. It is therefore unnecessary to discuss these exclusions here. I will therefore address only the issues that remain controversial.

[30] Finally, despite the fact that at the hearing, the parties and the Court engaged in debates on interesting

le ministre, la société d’État (la SVPM) doit aussi déterminer si l’immeuble qui fait l’objet de la demande de l’autorité taxatrice correspond à la définition de propriété fédérale au sens de la LPRI.

## V. Discussion

### A. *Questions préliminaires*

[27] Dans son mémoire, la Ville soutient que la doctrine de la préclusion promissoire (*promissory estoppel*) s’appliquerait à la SVPM de sorte que cette dernière serait forclos de changer de position en 2014 et ne pourrait plus décider de ne pas payer des PERI sur certains biens qui étaient auparavant inclus dans la notion de propriété fédérale. Semble-t-il qu’avant 2014, la Ville et la SVPM appliquaient l’entente qui avait été convenue entre les parties quant à la désignation des superficies qui devaient être considérées, ou non, comme « parc urbain » non assujetti au PERI. Cependant, il n’est pas nécessaire de discuter de cette question car la Ville a renoncé à cet argument lors de l’audience.

[28] De plus, considérant que le litige porte sur plusieurs années et qu’au courant de cette période les immeubles et biens réels composant le site du Vieux-Port ont changé d’affectation ou même d’opérateur dans le cas du Quai Alexandra, avec l’assentiment des parties, je rendrai ma décision en considérant le site du Vieux-Port en fonction de l’état de immeuble et biens réels sous le contrôle de la SVPM au moment de sa décision de 2014.

[29] Au fil des années, et même encore lors de l’audience devant moi, les parties ont trouvé des terrains d’entente et plusieurs exemptions qui étaient revendiquées par la SVPM, ou que la Ville pensait que la SVPM revendiquait, sont tombées, comme le lieu historique du Canal-de-Lachine et le bassin Bonsecours, par exemple. Il n’est donc pas nécessaire de discuter de ces exclusions dans le présent jugement. Je ne discuterai donc que des questions qui demeurent controversées.

[30] Finalement, et bien qu’au cours de l’audience, les parties et la Cour se soient livrées à des débats quant

questions of law regarding what constitutes the sub-surface of the Old Port site and regarding the historical provenance of the riverbed on which the quays were built, from the City's perspective, the foundations of the Old Port site are of no importance. For tax purposes, the City is interested in the surface of the land rather than what makes up the land below the surface. According to the City, when land is created—in this case the Old Port site—whether it is by way of simple landfill, mixed landfill or cribwork, or anything else—this land becomes, for the purposes of municipal taxation and PILTs, taxable federal property or property for which PILTs may be paid. I accept the City's position on this point with respect to the application of the PILT Act.

B. *The applicable standard of review*

[31] The parties agree that the applicable standard of review is reasonableness. I concur. Reasonableness is presumed to be the standard of review, and I can identify in this case none of the exceptions to this presumption that would require the application of the standard of correctness (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653 (*Vavilov*), at paragraphs 23, 31 and 53); *MPA 2010*, at paragraphs 36–38; *Halifax (Regional Municipality) v. Canada (Public Works and Government Services)*, 2012 SCC 29, [2012] 2 S.C.R. 108, at paragraphs 43–44).

[32] The Attorney General points out that the issues to be resolved here are of considerable importance to the PILT program, while the case law is negligible or even non-existent with respect to several of the issues raised in this case. At the hearing, it was asked whether, given the lack of jurisprudence interpreting the exceptions to the concept of federal property according to the PILT Act and the need for generalized standards in the administration of the PILT program across the country, the issues raised in this case could be considered general questions of law of central importance to the legal system as a whole, making the standard of correctness appropriate (*Vavilov*, at paragraphs 58–62). I am of the view that this is not the case.

à des questions de droit intéressantes sur ce qui constitue le sous-sol du site du Vieux-Port et sur la provenance historique du lit de la rivière sur lequel les quais ont été construits, pour la Ville, ce qui constitue l'assise du site du Vieux-Port n'a aucune importance. Aux fins fiscales, la Ville s'intéresse à la surface du terrain, et non aux éléments qui peuvent composer ce terrain et qui se trouvent sous la surface. Selon la Ville, lorsqu'on crée un terrain — dans ce cas-ci le site du Vieux-Port — que ce soit par un remblai simple, un remblai hétéroclite, des caissons, ou quoi que ce soit d'autre — ce terrain-là devient, en ce qui concerne la fiscalité municipale et les PERI, une propriété fédérale imposable ou pour laquelle des PERI peuvent être payés. Je retiens la position de la Ville sur ce point en ce qui concerne l'application de la LPRI.

B. *La norme de contrôle applicable*

[31] Il n'est pas controversé entre les parties que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable. J'abonde dans leur sens. Le caractère raisonnable est la norme de contrôle présumée, et je ne vois pas en l'espèce l'une ou l'autre des exceptions à cette présomption qui s'appliquerait de manière à exiger l'application de la norme de la décision correcte (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (*Vavilov*), aux paragraphes 23, 31 et 53); *APM 2010*, aux paragraphes 36–38; *Halifax (Regional Municipality) c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2012 CSC 29, [2012] 2 R.S.C. 108, aux paragraphes 43–44).

[32] Le procureur général souligne le fait que les questions à déterminer dans la présente affaire revêt une importance appréciable pour le programme des PERI, alors que la jurisprudence est infime ou même inexistante à l'égard de plusieurs des questions qui sont soulevées en l'espèce. Au cours de l'audience, a été posée la question de savoir si, de la pénurie de jurisprudence sur l'interprétation des exceptions à la notion de propriété fédérale selon la LPRI et du besoin de normes généralisées dans l'administration du programme de PERI à l'échelle nationale, l'on peut penser que les questions soulevées dans cette affaire pourraient constituer des questions de droit générales d'importance pour le système juridique dans son ensemble, et donc faire jouer la norme

[33] Fundamentally, this case involves the interpretation of concepts contained in the PILT Act, and the issue of whether the OPMC’s interpretation of these concepts was reasonable. There is indeed very little case law on how to interpret the exemptions from the concept of federal property under the PILT Act; that said, this case is essentially one of statutory interpretation. As the Supreme Court observed in *Vavilov*, “the mere fact that a dispute is ‘of wider public concern’ is not sufficient for a question to fall into this category” (*Vavilov*, at paragraph 61). In fact, in *MPA 2010*, the Supreme Court held that the reasonableness standard applied in determining whether the port’s silos fell within the exemption for “reservoirs” listed in Schedule II to the PILT Act (*MPA 2010*, at paragraph 48).

[34] In *Vavilov*, the Supreme Court clearly described the principles of judicial review that apply when an administrative decision maker interprets a legislative provision in the course of rendering a decision [at paragraphs 121, 124 and 131]:

The administrative decision maker’s task is to interpret the contested provision in a manner consistent with the text, context and purpose, applying its particular insight into the statutory scheme at issue. It cannot adopt an interpretation it knows to be inferior — albeit plausible — merely because the interpretation in question appears to be available and is expedient. The decision maker’s responsibility is to discern meaning and legislative intent, not to “reverse-engineer” a desired outcome.

...

Finally, even though the task of a court conducting a reasonableness review is not to perform a *de novo* analysis or to determine the “correct” interpretation of a disputed provision, it may sometimes become clear in the course of reviewing a decision that the interplay of text, context and purpose leaves room for a single reasonable interpretation of the statutory provision, or aspect of the statutory provision, that is at issue: *Dunsmuir*, at paras. 72-76. One case in which this conclusion was reached was *Nova Tube*

de la décision correcte (*Vavilov*, aux paragraphes 58–62). Cependant, je suis d’avis que tel n’est pas le cas.

[33] Au fond, la présente affaire porte sur l’interprétation des concepts consacrés par la LPRI, et sur la question de savoir si l’interprétation qui leur a été donnée par la SVPM était raisonnable. En effet, il y a peu de jurisprudence sur la façon dont les exceptions à la notion de propriété fédérale selon la LPRI doivent être interprétées; cela dit, la présente affaire relève, somme toute, de l’interprétation des lois. Comme l’a observé la Cour suprême dans l’arrêt *Vavilov*, « le simple fait qu’un conflit puisse être “d’intérêt public général” ne suffit pas pour qu’une question entre dans cette catégorie » (*Vavilov*, au paragraphe 61). En fait, dans l’arrêt *APM 2010*, la Cour suprême a conclu que le critère de la norme de la décision raisonnable s’appliquait pour déterminer si les silos portuaires relevaient de l’exception de « réservoir » prévue à l’annexe II de la LPRI (*APM 2010*, au paragraphe 48).

[34] La Cour suprême dans l’arrêt *Vavilov* a d’ailleurs bien exposé les principes applicables en matière de contrôle judiciaire lorsque le décideur administratif interprète une disposition législative dans le cadre de sa prise de décision [aux paragraphes 121, 124 et 131] :

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. Toutefois, le décideur administratif ne peut adopter une interprétation qu’il sait de moindre qualité — mais plausible — simplement parce que cette interprétation paraît possible et opportune. Il incombe au décideur de véritablement s’efforcer de discerner le sens de la disposition et l’intention du législateur, et non d’échafauder une interprétation à partir du résultat souhaité.

[...]

Enfin, même si la cour qui effectue un contrôle selon la norme de la décision raisonnable ne doit pas procéder à une analyse *de novo* ni déterminer l’interprétation « correcte » d’une disposition contestée, il devient parfois évident, lors du contrôle de la décision, que l’interaction du texte, du contexte et de l’objet ouvrent la porte à une seule interprétation raisonnable de la disposition législative en cause ou de l’aspect contesté de celle-ci : *Dunsmuir*, par. 72-76. Cette conclusion a été tirée notamment dans l’arrêt *Nova*

*Inc./Nova Steel Inc. v. Conares Metal Supply Ltd.*, 2019 FCA 52, in which Laskin J.A., after analyzing the reasoning of the administrative decision maker (at paras. 26-61 (CanLII)), held that the decision maker’s interpretation had been unreasonable, and, furthermore, that the factors he had considered in his analysis weighed so overwhelmingly in favour of the opposite interpretation that that was the only reasonable interpretation of the provision: para. 61. As discussed below, it would serve no useful purpose in such a case to remit the interpretative question to the original decision maker. Even so, a court should generally pause before definitively pronouncing upon the interpretation of a provision entrusted to an administrative decision maker.

...

Whether a particular decision is consistent with the administrative body’s past decisions is also a constraint that the reviewing court should consider when determining whether an administrative decision is reasonable. Where a decision maker *does* depart from longstanding practices or established internal authority, it bears the justificatory burden of explaining that departure in its reasons. If the decision maker does not satisfy this burden, the decision will be unreasonable. In this sense, the legitimate expectations of the parties help to determine both whether reasons are required and what those reasons must explain: *Baker*, at para. 26. We repeat that this does not mean administrative decision makers are bound by internal precedent in the same manner as courts. Rather, it means that a decision that departs from longstanding practices or established internal decisions will be reasonable if that departure is justified, thereby reducing the risk of arbitrariness, which would undermine public confidence in administrative decision makers and in the justice system as a whole. [Emphasis added; italics in original.]

[35] That said, the parties do not fully agree on how the standard of reasonableness is to be applied, and specifically on the degree of deference owed to the OPMC in this case or the scope of the findings that could reasonably be made by the OPMC when it rendered the impugned decisions. I must point out, however, that in a post-*Vavilov* world, in seeking to determine whether a given decision is reasonable, one must no longer consider whether it falls within a “‘range’ of possible conclusions that would have been open to the decision maker”, but rather “whether the decision bears the hallmarks of reasonableness — justification, transparency and intelligibility — and whether

*Tube Inc./Nova Steel Inc. c. Conares Metal Supply Ltd.*, 2019 CAF 52, où, après avoir analysé le raisonnement du décideur administratif (par. 26-61 (CanLII)), le juge Laskin a statué que l’interprétation de ce décideur était déraisonnable et, en outre, que les facteurs dont il a tenu compte militaient si fortement en faveur de l’interprétation contraire qu’elle constituait la seule interprétation raisonnable de la disposition en cause : par. 61. Comme nous l’expliquerons plus loin, il ne servirait à rien de renvoyer la question de l’interprétation au décideur initial en pareil cas. Par contre, les cours de justice devraient généralement hésiter à se prononcer de manière définitive sur l’interprétation d’une disposition qui relève de la compétence d’un décideur administratif.

[...]

La question de savoir si une décision en particulier est conforme à la jurisprudence de l’organisme administratif est elle aussi une contrainte dont devrait tenir compte la cour de révision au moment de décider si cette décision est raisonnable. Lorsqu’un décideur *s’écarte* d’une pratique de longue date ou d’une jurisprudence interne constante, c’est sur ses épaules que repose le fardeau d’expliquer cet écart dans ses motifs. Si le décideur ne s’acquitte pas de ce fardeau, la décision est déraisonnable. En ce sens, les attentes légitimes des parties servent à déterminer à la fois la nécessité de motiver la décision et le contenu des motifs : *Baker*, par. 26. Nous le répétons, il ne s’ensuit pas pour autant que les décideurs administratifs sont liés par les décisions antérieures au même titre que les cours de justice. Cela veut plutôt dire qu’une décision dérogeant à une pratique de longue date ou à une jurisprudence interne établie sera raisonnable si cette dérogation est justifiée, ce qui réduit le risque d’arbitraire, lequel a un effet préjudiciable sur la confiance du public envers les décideurs administratifs et le système de justice dans son ensemble. [Je souligne; caractères italiques dans l’original.]

[35] Cela dit, il y a toutefois une controverse entre les parties quant au mode d’application de la norme de la décision raisonnable, notamment quant au degré de déférence à accorder à la SVPM en l’espèce ainsi qu’à l’étendue des conclusions qui pouvaient raisonnablement être atteintes par la SVPM lorsqu’elle a rendu les décisions contestées. Je dois toutefois signaler que, dans le monde post-*Vavilov*, lorsqu’il est recherché si la décision en cause est raisonnable, il ne s’agit plus de savoir si elle se situe dans un « éventail des conclusions qu’aurait pu tirer le décideur », mais plutôt « si la décision possède les caractéristiques d’une décision raisonnable, soit la

it is justified in relation to the relevant factual and legal constraints that bear on the decision” (*Vavilov*, at paragraphs 83 and 99). As Justice LeBel observed in *MPA 2010*, “[t]he concept of ‘reasonableness’ ... also encompasses a quality requirement that applies to those reasons and to the outcome of the decision-making process” (*MPA 2010*, at paragraph 38).

[36] The City argues that the degree of deference to be granted to the OPMC’s decisions must take into account the fact the OPMC possesses no specialized expertise or qualifications when it comes to applying the PILT Act and interpreting the term “federal property”. The City also submits that the OPMC is not acting, in the words of Justice LeBel in *MPA 2010*, at paragraph 14, “as [would] good residents of the municipalit[y]” given that it has demonstrated in its decisions a certain [TRANSLATION] “zeal for cutting costs to the maximum extent possible” by raising the most unlikely grounds for exemption from the concept of “federal property”.

[37] I must admit that I find this situation, in which the decision maker certainly has a direct interest in the outcome of the decision, rather strange. Given the realities of annual budgets and financial performances and expectations, it is easy for a perceived conflict of interest to arise in the decision-making process, no matter how hard the decision maker tries to be fair and equitable. This impression may become even stronger in cases where, as here, the decision maker makes a new determination that differs suddenly and drastically from what had previously been a well-established protocol between the decision maker and the person affected by the decision, the OPMC and the City in this case, as to what constitutes federal property within the meaning of the PILT Act.

[38] On this same point, and regardless of the fact that the City has dropped its promissory estoppel argument, the fact remains that “[w]here a decision maker does depart from long-standing practices or established internal authority, it bears the justificatory burden of explaining that departure in its reasons. If the decision maker does not satisfy this burden, the decision will be unreasonable” (*Vavilov*, at paragraph 131).

justification, la transparence et l’intelligibilité, et si la décision est justifiée au regard des contraintes factuelles et juridiques pertinentes qui ont une incidence sur celle-ci » (*Vavilov*, aux paragraphes 83 et 99). Ainsi que l’observe le juge LeBel dans l’arrêt *APM 2010*, « [l]e concept de raisonabilité de la décision [...] exprime aussi une exigence de qualité de ces motifs et des résultats du processus décisionnel » (*APM 2010*, au paragraphe 38).

[36] La Ville soutient que le degré de déférence accordé aux décisions de la SVPM doit tenir compte du fait que celle-ci ne dispose d’aucune expertise ou compétence spécialisée pour l’application de la LPRI et l’interprétation de l’expression « propriété fédérale ». De plus, la Ville fait valoir que la SVPM n’intervient pas, selon les observations de M. le juge LeBel dans l’arrêt *APM 2010*, au paragraphe 14, « comme [le font] de bons résidents de la municipalité » dans la mesure où elle a fait preuve dans les décisions de la SVPM d’un certain « zèle pour profiter de toutes les possibilités d’économies » en invoquant les motifs d’exclusion de la notion de « propriété fédérale » les plus improbables.

[37] Je dois avouer que je trouve plutôt étrange la situation en l’espèce où le décideur a sans doute un intérêt direct dans le résultat de la décision. Compte tenu de la réalité des budgets annuels ainsi que des performances et des attentes financières, il peut facilement y avoir une impression de conflit d’intérêt dans le processus de prise de décision et ce, peu importe à quel point le décideur essaie d’être juste et équitable. Cette impression peut notamment être alimentée, comme c’est le cas ici, lorsque la nouvelle détermination du décideur s’écarte drastiquement et soudainement et ce qui était jusqu’alors un protocole bien établi entre le décideur et la personne affectée par la décision, soit en l’espèce la SVPM et la Ville, sur ce qui constitue une propriété fédérale aux termes de la LPRI.

[38] En fait, sur cette même question, et bien que la Ville ait renoncé à invoquer la préclusion promissoire, il n’en demeure pas moins que « [l]orsqu’un décideur s’écarte d’une pratique de longue date ou d’une jurisprudence interne constante, c’est sur ses épaules que repose le fardeau d’expliquer cet écart dans ses motifs. Si le décideur ne s’acquitte pas de ce fardeau, la décision est déraisonnable » (*Vavilov*, au paragraphe 131).



[39] The Supreme Court has clearly stated that the purpose of the PILT Act “is to provide for the fair and equitable administration of payments in lieu of taxes” and that although the Act “confirms both the principle that federal property is immune from taxation and the voluntary nature of payments in lieu, the intention was that the calculation of such payments would be consistent with the objective of equity and fairness in dealing with Canadian municipalities” (*MPA 2010*, at paragraph 43). However, while fairness and good faith on the part of federal Crown corporations are cornerstones of the PILT program, there is no evidence that the OPMC had a hidden agenda when it made its decisions.

[40] It appears that the trigger for the OPMC’s increased focus on whether it was correctly applying the exemptions to federal property under the PILT Act was the coming into force of the Parking Lot By-law, imposed by the City starting in 2011. This by-law was adopted to increase the tax burden on operators of outdoor parking facilities within the City’s territory. Because the OPMC has large outdoor parking lots, the introduction of this tax caused the amount of PILTs sought by the City each year to increase by 50 percent. It was at this point that the OPMC began to conduct analyses to determine whether certain exemptions that had not previously been invoked with respect to PILTs could be used.

[41] While I must admit that some of the exemptions invoked by the OPMC stretch the imagination, I am not prepared to conclude that the OPMC exhibited an excessive amount of zeal in applying the exemptions to the concept of federal property within the meaning of the PILT Act.

[42] However, given that it departed from a long-standing practice (followed by the OPMC and previously by PWGSC) regarding how the Old Port site should be treated for PILT purposes, I find that it was incumbent on the OPMC to justify this departure, which would have reduced “the risk of arbitrariness” (*Vavilov*, at paragraph 131).

[39] La Cour suprême a clairement dit que la LPRI « a pour objet l’administration juste et équitable des paiements versés en remplacement d’impôts » et que si cette loi « confirme le principe de l’immunité fiscale des biens fédéraux et le caractère volontaire des paiements de remplacement, elle entend que ceux-ci soient calculés dans le respect de l’objectif d’équité et de justice envers les municipalités canadiennes » (*APM 2010*, au paragraphe 43). Cependant, et quoique l’équité et la bonne foi des sociétés d’État fédérales soient les pierres angulaires de l’application du programme des PERI, rien ne permet d’affirmer que la SVPM avait des intentions cachées lorsqu’elle a rendu ses décisions.

[40] Il semblerait que l’attention accrue portée par la SVPM à la question de savoir si elle appliquait correctement les exceptions à la propriété fédérale aux termes de la LPRI a pour origine l’entrée en vigueur du Règlement sur les stationnements, imposé par la Ville à partir de 2011. Ce règlement vise à imposer une charge fiscale plus lourde aux exploitants d’installations de stationnements en plein air sur le territoire de la Ville, afin de décourager les stationnements extérieurs. Vu que la SVPM a de grands stationnements extérieurs, l’imposition de cette taxe a fait augmenter le montant de PERI annuellement demandé par la Ville de plus de 50 p. 100. C’est à partir de ce moment que des analyses ont été menées par la SVPM afin de vérifier si certaines exclusions qui n’avaient pas été invoquées dans le passé pouvaient l’être en ce qui concerne les PERI.

[41] Quoique je doive admettre que certaines des exceptions invoquées par la SVPM sont difficilement imaginables, je ne suis pas disposé à conclure que la SVPM a fait preuve d’un zèle excessif dans l’application des exceptions à la notion de propriété fédérale aux termes de la LPRI.

[42] Cependant, ayant dérogé à une pratique de longue date (suivie par la SVPM et précédemment par TPSGC), sur la manière dont le site du Vieux-Port devait être traité aux fins des PERI, je pense qu’il incombait néanmoins à la SVPM de justifier la dérogation, ce qui aurait « réduit le risque d’arbitraire » (*Vavilov*, au paragraphe 131).

[43] As for the issue of the degree of deference I must give to the OPMC's decisions, the Supreme Court has made it clear that, while an administrative decision maker's expertise is no longer relevant to the determination of the standard of review, "expertise remains a relevant consideration in conducting reasonableness review" (*Vavilov*, at paragraphs 31 and 58).

[44] The Minister of PWGSC is responsible for administering the PILT Act. PWGSC is intervening in this case because, in its view, the decision that I will render will set precedents with respect to several concepts at issue, such as the concepts of "park", "road", "public highway" and "snow shed" and the treatment of parking areas. PWGSC therefore wishes to intervene with respect to these concepts and the aspects of the PILT program that come up regularly in its decisions.

[45] According to the testimony of Colin Boutin, National Manager, Policy and Strategic Initiatives—PWGSC's PILT program—filed in support of the intervenor's position, the PILT program is administered by PWGSC on behalf of all federal departments. According to Mr. Boutin, the objective is to make fair, equitable and predictable PILTs resembling the taxes paid by owners of taxable property with comparable property, to local taxing authorities whose tax jurisdiction includes federal properties. Each year, PWGSC deals with hundreds of PILT applications, valued at close to \$600 million and involving, in 2016–2017, approximately 1 250 taxing authorities across the country, except, as in this case with the OPMC, for amounts paid by Crown corporations that own property and manage their own PILT programs; in such cases, PWGSC has no authority over the Crown corporations' decisions.

[46] According to the evidence, if anyone has expertise in applying the PILT Act, it is PWGSC rather than the OPMC. In fact, the OPMC's annual PILT decisions are prepared on the basis of assessment reports prepared by external evaluators mandated by the OPMC to assess and identify the OPMC immovables that constitute

[43] En ce qui concerne la question de la déférence que je dois accorder aux décisions de la SVPM, la Cour suprême enseigne clairement que, bien que l'expertise d'un décideur administratif ne soit plus pertinente dans l'examen de la norme de contrôle applicable, « l'expertise demeure pertinente lors de l'exercice du contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable » (*Vavilov*, aux paragraphes 31 et 58).

[44] C'est le ministre de TPSGC qui est chargé de l'administration de la LPRI. TPSGC intervient en la présente instance, car à son avis, la décision que je suis appelé à rendre fera jurisprudence sur plusieurs notions qui sont en cause comme la notion de « parc », de « route », de « voie publique » et « d'abri contre la neige » ainsi que sur le traitement de stationnements. C'est donc pour faire valoir sa position sur ces notions et les aspects du programme de PERI qui sont récurrents dans ses décisions que TPSGC intervient dans le présent dossier.

[45] Selon le témoignage de M. Colin Boutin, Gestionnaire national, Politiques et initiatives stratégiques, programme de PERI au sein de TPSGC, déposé à l'appui de la position de l'intervenante, le programme de PERI est administré par TPSGC au nom de tous les départements fédéraux. Selon M. Boutin, l'objectif est de verser des PERI justes, équitables et prévisibles, d'une manière similaire aux paiements fiscaux effectués par d'autres propriétaires de biens imposables possédant des propriétés comparables, aux autorités taxatrices locales dont la compétence fiscale comprend des propriétés fédérales. TPSGC instruit annuellement des centaines de demandes de PERI, ayant une valeur totale de près de 600 millions de dollars impliquant, en 2016–2017, environ 1 250 autorités taxatrices dans tout le pays, à l'exclusion, comme c'est le cas en l'espèce avec la SVPM, des montants payés par les sociétés d'État qui possèdent des biens et gèrent leurs propres programmes de PERI; dans ce cas, TPSGC n'a aucune autorité quant aux décisions rendues par ces sociétés.

[46] Il ressort de la preuve que, s'il existe une expertise dans le domaine de l'application de la LPRI en l'espèce, cette expertise est plutôt du ressort de TPSGC que de la SVPM. En fait, les décisions annuelles de PERI de la SVPM sont préparées sur la base des rapports d'évaluations préparés par des évaluateurs externes missionnés

“federal property” within the meaning of the PILT Act, in light of the exclusions set out in subsection 2(3) of the PILT Act, thereby enabling the OPMC to determine the PILT to be made each year.

[47] In the circumstances, it is not necessary to accord a high level of deference to the OPMC’s decisions, particularly when the issues submitted to this Court involve the interpretation of concepts contained in the PILT Act.

### C. *The interpretation of the PILT Act*

[48] Before discussing the exclusions at issue, I will set out the approach to statutory interpretation that will guide my consideration of the PILT Act, as the parties have argued in favour of different interpretive methods.

[49] The OPMC cites *Johns-Manville Canada v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 46, (1985), 21 D.L.R. (4th) 210, as well as *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, (1994), 63 Q.A.C. 161, in support of its position that the residual presumption in favour of the taxpayer applies here, and that the PILT Act must be interpreted in favour of the “taxpayer” because it has certain tax aspects, like the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148. The OPMC argues that there is a parallel between the concepts of a taxpayer’s tax base and federal property, and another between the concepts of taxes and PILTs. The OPMC also submits that, in both cases, several exceptions apply to what may be taxed (or with respect to what it is possible to make a PILT).

[50] I cannot accept the OPMC’s argument. There is no doubt that some aspects of the PILT Act are similar to elements that may be found in a taxation statute, because the very purpose of the Act, to put it simply, is to make payments to municipalities in lieu of taxes normally collected, while preserving the Crown’s constitutional immunity from taxation. To achieve this, the PILT Act must necessarily be similar, to some extent, to a taxation statute.

par la SVPM pour évaluer et identifier les immeubles de la SVPM constituant des « propriétés fédérales » au sens de la LPRI, compte tenu des exclusions prévues par le paragraphe 2(3) de la LPRI, permettant ainsi à la SVPM de déterminer le PERI à être versé à chaque année.

[47] Dans ces circonstances, il n’est pas nécessaire de faire preuve d’un haut degré de déférence à l’égard des décisions de la SVPM, surtout lorsque les questions soumises à la Cour portent sur l’interprétation de concepts consacrés par la LPRI.

### C. *Interprétation de la LPRI*

[48] Avant de discuter des exclusions en cause, il convient d’exposer la méthode d’interprétation des lois qui guidera mon examen de la LPRI, vu que les parties défendent des méthodes d’interprétation différentes.

[49] La SVPM cite les arrêts *Johns-Manville Canada c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46, ainsi que *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, à l’appui de sa thèse portant que la présomption résiduelle en faveur du contribuable s’applique en l’espèce, et que la LPRI doit être interprétée de manière favorable au « contribuable » puisqu’elle comporte certains éléments qui sont de nature fiscale, à l’instar de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148. La SVPM dresse un parallèle entre la notion d’assiette fiscale d’un contribuable et celle de propriété fédérale, ainsi qu’entre la notion de taxe et de PERI. La SVPM fait aussi valoir que, dans les deux cas, de nombreuses exceptions s’appliquent à ce qui peut être imposé (ou à l’égard de quoi il est possible d’effectuer un PERI).

[50] Je ne peux retenir l’argument de la SVPM. Il ne fait aucun doute que certains éléments de la LPRI s’apparentent à des éléments qui peuvent se trouver dans une loi de nature fiscale, puisque l’objectif même de cette loi, pour dire les choses simplement, est de faire des paiements aux municipalités en remplacement de l’impôt normalement perçu, tout en préservant l’immunité fiscale constitutionnelle de la Couronne. Pour remplir cet objectif, la LPRI doit nécessairement s’apparenter, dans une certaine mesure, à une loi fiscale.

[51] However, while there are similarities, the approach chosen to meet this objective is not at all in the nature of a tax: this is precisely what Parliament wished to avoid. Obviously, a taxation statute necessarily includes an obligatory collection of the amount owing. However, as stated above, the method adopted by Parliament in this case was to create a regime of discretionary and voluntary payments in lieu of taxes to avoid creating an obligation to the taxing authority.

[52] Thus, the mandatory nature of the payments owing under a taxation statute conflicts with the immunity from taxation set out in the Constitution and the discretionary nature of PILTs (section 125 of the Constitution; section 3 of the PILT Act). In other words, the State (in this case the City) is not reaching into the pocket of the taxpayer (in this case the OPMC as a Crown corporation), unlike the usual situation with taxation statutes. On the contrary, it is the OPMC as “taxpayer” that decides how much “tax” to pay—a situation that most taxpayers would surely envy.

[53] Although sections 2.1 and 3 of the PILT Act state that the Minister (or Crown corporation) “may” make a PILT in the spirit of fairness to municipalities and that under Canadian administrative law, this power must be exercised reasonably, the power dynamic between the taxing authority and the “taxpayer” remains radically different from that which would exist in the context of a taxation statute. I also note that section 15 of the PILT Act provides that no right to payment is conferred by this Act. The parties are, in the context of the PILT Act, on equal footing. With all due respect to the taxing authorities, I do not believe that one could honestly claim the same to be true of their relationship with taxpayers.

[54] Accordingly, I cannot accept the OPMC’s position that the principle of interpreting taxation statutes in favour of the “taxpayer” applies here.

[51] Cependant, bien qu’elle s’y apparente, la manière d’atteindre cet objectif n’est pas du tout de nature fiscale; c’est précisément ce qu’a voulu éviter le législateur. Il est clair qu’une loi de nature fiscale comprend nécessairement une quelconque perception obligatoire du montant qui est dû. Toutefois, comme il est signalé plus haut, le moyen retenu par le législateur en l’espèce a été celui de créer un régime de paiements discrétionnaires et volontaires en remplacement de l’impôt foncier afin de ne pas créer d’obligation envers l’autorité taxatrice.

[52] Ainsi, le caractère obligatoire des paiements dus aux termes d’une loi de nature fiscale est en porte-à-faux avec l’indemnité fiscale prévue par la Constitution et la nature discrétionnaire des PERI (article 125 de la Constitution; article 3 de la LPRI). Autrement dit, l’État (ici la Ville) ne vient pas se servir dans la poche d’un contribuable (ici la SVPM comme société d’État fédérale), contrairement à ce qui se produit normalement dans le cas de lois de nature fiscale. Au contraire, c’est la SVPM comme « contribuable » qui décide le montant « d’impôt » à payer — une situation sans doute enviable pour la plupart des contribuables.

[53] Même si les articles 2.1 et 3 de la LPRI disposent que le ministre (ou la société d’État) « peut » verser un PERI dans un esprit d’équité envers les municipalités et que le droit administratif canadien fait en sorte que ce pouvoir doit être exercé de façon raisonnable, la dynamique de pouvoir entre l’autorité taxatrice et le « contribuable » demeure radicalement différente que dans le contexte d’une loi de nature fiscale. Je rappelle d’ailleurs que l’article 15 de la LPRI dispose que cette loi ne confère aucun droit à un paiement. Ainsi, les parties sont, dans le cadre de l’application de la LPRI, dans une relation fondée sur l’équité. Avec tout le respect que je dois aux autorités fiscales, je ne crois pas qu’on puisse honnêtement qualifier la relation entre ces autorités et les contribuables de la même manière.

[54] En conséquence, je ne peux retenir la thèse de la SVPM portant que des principes d’interprétation favorables au « contribuable » propres aux lois de nature fiscale s’appliquent en l’espèce.

[55] The City, on the other hand, argues in favour of interpreting the exclusions from the concept of federal property in a purposive and restrictive manner (that is, as exceptions). I agree. In my view, the following comments by the Supreme Court in *Vavilov* are applicable [at paragraph 118]:

This Court has adopted the “modern principle” as the proper approach to statutory interpretation, because 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: Sullivan, at pp. 7-8. Those who draft and enact statutes expect that questions about their meaning will be resolved by an analysis that has regard to the text, context and purpose, regardless of whether the entity tasked with interpreting the law is a court or an administrative decision maker. An approach to reasonableness review that respects legislative intent must therefore assume that those who interpret the law — whether courts or administrative decision makers — will do so in a manner consistent with this principle of interpretation. [Emphasis added.]

[56] It appears to me that while the process of determining PILTs does imply a certain discretion on the OPMC’s part, the resulting decisions should nevertheless not distort the language chosen by Parliament; an administrative decision must always be “justified in relation to the facts and law that constrain the decision maker” (*Vavilov*, at paragraph 85). A discretionary power is not absolute and untrammelled because it is constrained by the scheme and object of the statute that confers it (*C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539, at paragraph 107).

[57] Moreover, the “exercise of this power must be reasonable in light of the circumstances of each case and the need to preserve the fiscal stability of municipalities” (*Trois-Rivières (City) v. Trois-Rivières Port Authority*), 2015 FC 106, 474 F.T.R. 196 (*Trois-Rivières (City)*), at paragraph 64).

[58] Recall that the Supreme Court also teaches that the PILT Act and its regulations “define the scope of the discretion and the principles governing the exercise of the discretion, and they make it possible to determine whether

[55] La Ville défend, pour sa part, une interprétation téléologique et restrictive (en tant qu’exceptions) des exclusions de la notion de propriété fédérale. J’abonde dans son sens. À mon avis, il convient de se rapporter aux enseignements de la Cour suprême dans l’arrêt *Vavilov* [au paragraphe 118] :

Notre Cour a adopté ce « principe moderne » en tant que méthode appropriée d’interprétation des lois parce que 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 : Sullivan, p. 7-8. Les personnes qui rédigent et adoptent des textes de loi s’attendent à ce que les questions concernant leur sens soient tranchées à la suite d’une analyse qui tienne compte du libellé, du contexte et de l’objet de la disposition concernée, que l’entité chargée d’interpréter la loi soit une cour de justice ou un décideur administratif. Une méthode de contrôle selon la norme de la décision raisonnable qui respecte l’intention du législateur doit donc tenir pour acquis que les instances chargées d’interpréter la loi — qu’il s’agisse des cours de justice ou des décideurs administratifs — effectueront cet exercice conformément au principe d’interprétation susmentionné. [Je souligne.]

[56] Il me semble que même si le processus de détermination des PERI implique un certain pouvoir discrétionnaire de la part de la SVPM, il n’en reste pas moins que les décisions qui en découlent ne doivent pas dénaturer les termes utilisés par le législateur; une décision administrative doit dans tous les cas être notamment « justifiée au regard des contraintes juridiques » (*Vavilov*, au paragraphe 85). Un pouvoir discrétionnaire n’est pas absolu et sans entraves car il est limité par l’économie et l’objet de la loi qui le confère (*S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539, au paragraphe 107).

[57] De plus, « [l]’exercice de ce pouvoir doit être raisonnable eu égard aux circonstances de chaque cas et à la nécessité de préserver la stabilité fiscale des municipalités » (*Trois-Rivières (Ville) c. Administration portuaire de Trois-Rivières*, 2015 CF 106 (*Ville de Trois-Rivières*), au paragraphe 64).

[58] N’oublions pas que la Cour suprême enseigne également que la LPRI et ses règlements d’application « délimitent l’étendue du pouvoir discrétionnaire ainsi que les principes qui gouverneront son exercice et [la

it has in fact been exercised reasonably” (*MPA 2010*, at paragraph 33). Furthermore, as the Supreme Court observes in *Vavilov*, at paragraphs 108–110:

.... That administrative decision makers play a role, along with courts, in elaborating the precise content of the administrative schemes they administer should not be taken to mean that administrative decision makers are permitted to disregard or rewrite the law as enacted by Parliament and the provincial legislatures. Thus, for example, while an administrative body may have considerable discretion in making a particular decision, that decision must ultimately comply “with the rationale and purview of the statutory scheme under which it is adopted” ....

.... Although a decision maker’s interpretation of its statutory grant of authority is generally entitled to deference, the decision maker must nonetheless properly justify that interpretation. Reasonableness review does not allow administrative decision makers to arrogate powers to themselves that they were never intended to have, and an administrative body cannot exercise authority which was not delegated to it....

.... What matters is whether, in the eyes of the reviewing court, the decision maker has properly justified its interpretation of the statute in light of the surrounding context. It will, of course, be impossible for an administrative decision maker to justify a decision that strays beyond the limits set by the statutory language it is interpreting. [Emphasis added.]

[59] Section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, reads as follows:

**Enactments deemed remedial**

**12** Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

[60] The words of the Act, including in this case the exclusions from the concept of federal property, 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, even when a provision seems clear and conclusive (*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42,

LPRI et ses règlements d’application] permettront d’apprécier le caractère raisonnable de celui-ci » (*APM 2010*, au paragraphe 33). De plus, comme l’observe la Cour suprême dans l’arrêt *Vavilov*, aux paragraphes 108–110 :

[...] Le fait que les décideurs administratifs participent, avec les cours de justice, à l’élaboration du contenu précis des régimes administratifs qu’ils administrent, ne devrait pas être interprété comme une licence accordée aux décideurs administratifs pour ignorer ou réécrire les lois adoptées par le Parlement et les législatures provinciales. Ainsi, bien qu’un organisme administratif puisse disposer d’un vaste pouvoir discrétionnaire lorsqu’il s’agit de prendre une décision en particulier, cette décision doit en fin de compte être conforme « à la raison d’être et à la portée du régime législatif sous lequel elle a été adoptée » [...]

[...] Si, en règle générale, il y a lieu de faire preuve de déférence envers l’interprétation que donne le décideur du pouvoir que lui confère la loi, ce dernier doit néanmoins justifier convenablement son interprétation. Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable ne permet pas au décideur administratif de s’arroger des pouvoirs que le législateur n’a jamais voulu lui conférer. De la même manière, un organisme administratif ne saurait exercer un pouvoir qui ne lui a pas été délégué [...]

[...] Ce qui importe, c’est de déterminer si, aux yeux de la cour de révision, le décideur a justifié convenablement son interprétation de la loi à la lumière du contexte. Évidemment, il sera impossible au décideur administratif de justifier une décision qui excède les limites fixées par les dispositions législatives qu’il interprète. [Je souligne.]

[59] L’article 12 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, prévoit que :

**Principe et interprétation**

**12** Tout texte est censé apporter une solution de droit et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

[60] Il faut lire le texte de la loi, incluant en l’espèce les exclusions à la notion de propriété fédérale, au regard du contexte global de la loi en suivant le sens ordinaire et grammatical des mots qui s’harmonise avec l’esprit et l’objet de la loi, ainsi que l’intention du législateur, même en présence d’un texte de prime abord clair et concluant (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*,

[2002] 2 S.C.R. 559; *Pharmascience Inc. v. Binet*, 2006 SCC 48, [2006] 2 S.C.R. 513). Exceptions, in this case exceptions to the concept of federal property, must be interpreted narrowly (*Corporation d'Urgences-santé c. Syndicat des employées et employés d'Urgences-santé (CSN)*, 2015 QCCA 315 (CanLII), 2015 CarswellQue 1018 (WL Can.), at paragraph 47; *Québec (Procureur général) c. Paulin*, 2007 QCCA 1716 (CanLII), [2008] R.J.Q. 16, at paragraphs 30 *et seq.*).

[61] Ultimately, the modern approach to statutory interpretation is the appropriate framework for considering the exemptions claimed by the OPMC. The PILT Act must be interpreted like any other statute, harmoniously with its object of administering PILTs fairly and equitably, within the larger context of the need to reconcile “different objectives — tax fairness for municipalities and the preservation of constitutional immunity from taxation” (section 2.1 of the PILT Act; *MPA 2010*, at paragraphs 20 and 43).

#### D. *The merits of the case*

[62] Essentially, the City submits that several of the exemptions from the concept of federal property, which forms the property base on which PILTs may be paid, have been unreasonably relied upon by the OPMC because they do not result from a reasonable interpretation of the PILT Act. Moreover, the City argues that the City could not effect compensation between the 2013 payment and the payments for subsequent years, as the 2013 payment was final.

[63] The City adds that it was unreasonable for the OPMC to conclude that its land was situated in deep water and that its value should therefore be assessed at a nominal amount, as this position has no legal merit.

[64] Finally, according to the City, the Parking Lot By-law is fully applicable to the Old Port site as this site is not situated in the St. Lawrence River, which is the boundary of the territorial application of this by-law.

2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Pharmascience inc. c. Binet*, 2006 CSC 48, [2006] 2 R.C.S. 513). Les exceptions, à savoir les exceptions à la notion de propriété fédérale en l'espèce, doivent être interprétées de manière restrictive (*Corporation d'Urgences-santé c. Syndicat des employées et employés d'Urgences-santé (CSN)*, 2015 QCCA 315 (CanLII), 2015 CarswellQue 1018 (WL Can.), au paragraphe 47; *Québec (Procureur général) c. Paulin*, 2007 QCCA 1716 (CanLII), [2008] R.J.Q. 16, aux paragraphes 30 *et seq.*).

[61] En fin de compte, il convient donc de se rapporter à la méthode moderne d'interprétation pour examiner les exemptions revendiquées par la SVPM. La LPRI doit être interprétée comme n'importe quelle autre loi, soit en fonction de son objet visant l'administration juste et équitable des PERI dans le contexte plus large de la nécessité de concilier « des objectifs différents — l'équité fiscale envers les municipalités et la préservation de l'immunité fiscale constitutionnelle » (article 2.1 de la LPRI; *APM 2010*, aux paragraphes 20 et 43).

#### D. *Le fond de la controverse*

[62] Essentiellement, la Ville soutient que plusieurs des exemptions de la notion de propriété fédérale, qui forme l'assiette sur laquelle des PERI peuvent être payés, sont déraisonnablement invoquées par la SVPM puisqu'elles ne résultent pas d'une interprétation raisonnable de la LPRI. De plus, la Ville soutient que la SVPM ne pouvait opérer compensation entre le versement de 2013 et celui des années subséquentes, puisque le paiement de 2013 était final.

[63] La Ville ajoute que la SVPM a déraisonnablement conclu que ses terrains étaient situés en eau profonde et donc qu'ils devaient recevoir une valeur nominale, puisque cette notion n'aurait aucun fondement juridique.

[64] Enfin, selon la Ville, le Règlement sur les stationnements est pleinement applicable au site du Vieux-Port, puisque ce site ne se trouve pas dans le fleuve Saint-Laurent, qui est la limite territoriale d'application de ce règlement.

[65] Before me, the City has also noted that there is an additional consideration in this debate, relating to the rail yard. The City submits that the rail yard issue was never fully fleshed out by the OPMC, the latter merely having stated in its decisions that the rail yard and the servitude—the railway right-of-way—interfered with the operation of the park. However, the OPMC did not express a view on the issue of whether or not there should be compensation. Therefore, according to the City, the OPMC did not rely on an exclusion, *per se*, from the concept of federal property, and this point was never fully elaborated on in its decisions, although it does appear to be mentioned as a consideration for the purposes of the OPMC’s final decision regarding the payment of PILTs.

1. Does the property in dispute between the parties constitute federal property within the meaning of the PILT Act?

[66] For the purposes of this decision, the disputed features of the site are the following:

- The Bonsecours Basin Pavilion, including buildings 4 and 5, namely, the Terrasse Bonsecours and the pavilion (Chalet Bonsecours);
- The Jacques Cartier Quay, including the Jacques Cartier Pavilion commercial building, warehouse and restrooms, buildings 2, 2A and 3;
- The Jacques Cartier Quay’s elevated walkway;
- The King Edward Quay, including buildings 13 to 18, namely:
  - King Edward Quay Promenade;
  - Central street (King Edward Quay Street);
  - Montréal Science Centre, building 13;
  - IMAX theatre, building 14;

[65] Devant moi, la Ville signale qu’il y a également un élément additionnel dans le débat, soit au niveau des terrains de la cour ferroviaire. La Ville explique que la question de la cour ferroviaire n’a jamais été véritablement étoffée dans les décisions de la SVPM; on se bornait à expliquer dans ces décisions que la cour ferroviaire et la servitude — le passage de la voie ferrée — nuisait à l’opération du parc. Par contre, la SVPM ne s’exprimait pas sur la question de savoir s’il devait y avoir compensation, ou pas. Donc, d’après la Ville, il n’y avait pas d’exclusion à proprement parler de la notion de propriété fédérale qui était invoquée par la SVPM sur ce point, et ce point n’a jamais été véritablement développé dans les décisions, cependant il semble être mentionné comme une considération aux fins de la décision finale de la SVPM concernant le paiement des PERI.

1. Les biens controversés entre les parties constituent-ils des propriétés fédérales au sens de la LPRI?

[66] Aux fins de la présente décision, les éléments du site qui sont controversés sont les suivants :

- Le pavillon Bonsecours, incluant les bâtiments 4 et 5, soit la Terrasse Bonsecours et le pavillon (Chalet Bonsecours);
- Le Quai Jacques-Cartier, incluant le bâtiment commercial du Pavillon Jacques-Cartier, l’entrepôt et les toilettes, bâtiments 2, 2A et 3;
- La passerelle surélevée du Quai Jacques-Cartier;
- Le Quai King-Edward, incluant les bâtiments 13 à 18, soit :
  - Promenade du Quai King-Edward;
  - Chemin central ou la rue du Quai King-Edward;
  - Centre des sciences de Montréal, bâtiment 13;
  - Cinéma IMAX, bâtiment 14;



- 
- |   |   |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• Outdoor parkades on King Edward Quay, building 15;</li> <li>• Food court, building 16;</li> <li>• Parking and Belvedere, building 17;</li> <li>• Elevated walkway between Science Centre and food court, building 18;</li> </ul>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Stationnements extérieurs étagés du Quai King-Edward, bâtiment 15;</li> <li>• Foire alimentaire, bâtiment 16;</li> <li>• Stationnement et Belvédère, bâtiment 17;</li> <li>• Passerelle entre le Centre des sciences et la foire alimentaire, bâtiment 18;</li> </ul>  |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- The outdoor parking lots of the Clock Tower Basin;</li> <li>- The outdoor parking lots of the Clock Tower Quay;</li> <li>- The outdoor street parking on the Port Road;</li> <li>- The outdoor parkades on Alexandra Quay;</li> <li>- The indoor parking lots of hangar 16 of the Clock Tower Quay, building 20;</li> <li>- The indoor parking lots of the Alexandra Quay (inside hangars 4 and 6);</li> <li>- The land underlying the Clock Tower Quay, Jacques Cartier Quay, King Edward Quay and Alexandra Quay;</li> <li>- The public highways of the Old Port, namely, the southern portion of De la Commune Street, the Clock Tower Quay entrance, the Bonsecours Basin entrance, the Jacques Cartier Quay entrance, the King Edward Quay entrance, the Clock Tower Basin and Clock Tower Quay street, the Port Road, the Alexandra Quay entrance, the Saint-Pierre entrance, the Old Port Promenade and the Promenade des Artistes.</li> <li>- The land covered by the right-of-way for the railway tracks and rail yard in the Old Port site, the surface area of which OPMC estimates to be approximately 41,560.5 square meters or 447,353 square feet.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Les stationnements extérieurs du bassin de l’Horloge;</li> <li>- Les stationnements extérieurs du Quai de l’Horloge;</li> <li>- Les stationnements extérieurs de la route du Port;</li> <li>- Les stationnements extérieurs étagés du Quai Alexandra;</li> <li>- Les stationnements intérieurs du hangar 16 du Quai de l’Horloge, bâtiment numéro 20;</li> <li>- Les stationnements intérieurs du Quai Alexandra (soit l’intérieur des hangars 4 et 6);</li> <li>- Les terrains des Quai de l’Horloge, Jacques-Cartier, King-Edward et Alexandra;</li> <li>- Les voies publiques du Vieux-Port, soit la portion sud de la rue de la Commune, l’entrée du Quai de l’Horloge, l’entrée du Bassin Bonsecours, l’entrée du Quai Jacques-Cartier, l’entrée du Quai King-Edward, la rue du Bassin de l’Horloge et du Quai de l’Horloge, la route du Port, l’entrée du Quai Alexandra, l’entrée Saint-Pierre, la promenade du Vieux-Port et la promenade des Artistes.</li> <li>- Les terrains sous l’emprise de la voie ferrée et de la cour de triage ferroviaire dans le site du Vieux-Port dont la SVPM estime la superficie à environ 41 560,5 mètres carrés ou 447 353 pieds carrés.</li> </ul> |

(a) *The exclusions at issue*

- i. Urban parks—paragraph 2(3)(c) of the PILT Act

[67] As indicated above, section 3 of the PILT Act governs the potential payment of PILTs to the applicable taxing authority for federal properties situated within its boundaries. Paragraph 2(3)(c) of the PILT Act excludes the following from the definition of *federal property*:

**Definition**

2 ...

**Property not included in the definition *federal property***

(3) ...

...

(c) any real property or immovable developed and used as a park and situated within an area defined as *urban* by Statistics Canada, as of the most recent census of the population of Canada taken by Statistics Canada, other than national parks of Canada, national marine parks of Canada, national park reserves of Canada, national marine park reserves of Canada, national historic sites of Canada, national battlefields or heritage canals; [Emphasis added.]

[68] Although the concepts “immovable” and “real property” are not defined in the PILT Act, they are defined in section 2 of the *Federal Real Property and Immovables Act*, S.C. 1991, c. 50. Essentially, “immovable” is a civil law concept applicable in Quebec, while “real property” is a common law concept applicable in the other provinces (see sections 8.1 and 8.2 of the *Interpretation Act*). As the Old Port site is situated in the province of Quebec, we must turn to the *Civil Code of Québec*, CQLR, c. CCQ-1991, which states, at article 900, that land, and any constructions and works of a permanent nature located thereon, are “immovables”. Accordingly, and unlike the case for most of the other exclusions from the concept of federal property set out in the PILT Act, the exclusion of “parks” covers both the land underlying them and any constructions or permanent works located on them.

a) *Les exclusions en cause*

- i. La notion de parc urbain — alinéa 2(3)c de la LPRI

[67] Tel qu’indiqué précédemment, l’article 3 de la LPRI prévoit le versement éventuel de PERI à l’autorité taxatrice concernée pour les propriétés fédérales situées dans son territoire d’imposition. L’alinéa 2(3)c de la LPRI prévoit que sont exclus de la définition de *propriété fédérale* :

**Définitions**

2 [...]

**Exclusions : propriété fédérale**

(3) [...]

[...]

c) [...] les immeubles et les biens réels aménagés en parc et utilisés comme tels dans une zone classée comme « urbaine » par Statistique Canada lors de son dernier recensement de la population canadienne, sauf les parcs nationaux du Canada, les parcs marins nationaux du Canada, les réserves à vocation de parc national du Canada ou de parc marin national du Canada, les lieux historiques nationaux, les champs de bataille nationaux et les canaux historiques. [Je souligne.]

[68] Malgré que les notions d’immeuble et de bien réels ne soient pas définies dans la LPRI, elles le sont à l’article 2 de la *Loi sur les immeubles fédéraux et les biens réels fédéraux*, L.C. 1991, ch. 50. Essentiellement, le mot « immeuble » renvoie aux notions de droit civil québécois alors que l’expression « biens réels » renvoie à celles de common law des autres provinces (voir les articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d’interprétation*). Comme le site du Vieux-Port se situe dans la province de Québec, il convient de se rapporter au *Code civil du Québec*, RLRQ, ch. CCQ-1991, qui prévoit, à son article 900, que le fond de terre, ainsi que les constructions et ouvrages à caractère permanent qui s’y trouvent, sont des « immeubles ». Par conséquent, et contrairement à la plupart des autres exclusions de la notion de propriété fédérale énoncées dans la LPRI, l’exclusion de « parc » vise le terrain sous-jacent ainsi que les immeubles qui s’y greffent.

[69] The PILT Act does not define “park”. However, a site must meet the following three criteria to be considered a park within the meaning of paragraph 2(3)(c):

- it must be situated within an area defined as urban by Statistics Canada;
- it must have been developed as a park; and
- it must be used as a park by the public.

[70] Relying on subsection 4(1) of the *Canada National Parks Act*, S.C. 2000, c. 32 (National Parks Act) and section 4 of the *Saguenay-St. Lawrence Marine Park Act*, S.C. 1997, c. 37 (Marine Park Act), the OPMC proposes the following definition of “park”:

[TRANSLATION] A space developed for the public for its benefit, education and enjoyment, with the intention that it be used primarily for educational, recreational and scientific purposes.

[71] According to the OPMC, the entirety of the Old Port site is intended for this purpose, making it fit the definition of “park” within the meaning of the PILT Act. The “park” designation covers not only the green spaces developed with trees, benches and ponds—spaces already recognized as parks by the City—but also the Old Port site’s more imposing buildings, such as the Montréal Science Centre and the IMAX theatre, since these buildings are used for educational, recreational and scientific purposes. The OPMC argues that most of Montréal’s large parks include such buildings, for instance, the various buildings of the Botanical Garden.

[72] The OPMC also argues that the parking areas, food courts and restrooms as well as the land, promenades, roads and public highways are covered by the exemption because they are incidental and necessary to the park’s operation, and therefore essential for enabling six million visitors to access the Old Port site annually, or about 16,000 visitors per day on average. The OPMC submits that all parks require parking for access, and that all of Montréal’s large parks, for example, have parking areas.

[69] La LPRI ne contient pas de définition du « parc ». Toutefois, un lieu doit satisfaire à trois critères pour être considéré comme un parc au sens de l’alinéa 2(3)c) ; il :

- doit être situé dans une zone urbaine telle que définie par Statistique Canada;
- doit avoir été aménagé en parc; et
- doit être utilisé comme parc par la population;

[70] S’appuyant sur le paragraphe 4(1) de la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*, L.C. 2000, ch. 32 (Loi sur les parcs nationaux) et l’article 4 de la *Loi sur le parc marin du Saguenay — Saint-Laurent*, L.C. 1997, ch. 37 (Loi sur le parc marin), la SVPM avance la définition suivante du mot « parc » :

Un espace aménagé à l’intention du public pour son bien-être, son agrément et l’enrichissement de ses connaissances, destiné notamment à être utilisé à des fins éducatives, récréatives et scientifiques.

[71] Ainsi, selon la SVPM, l’ensemble du site du Vieux-Port aurait cette vocation, ce qui le qualifierait de parc au sens de la LPRI. Cette qualité de parc s’étendrait non seulement aux espaces verts aménagés avec des arbres, des bancs de parc et des étangs — espaces déjà reconnus par la Ville comme étant des parcs — mais aussi aux bâtiments plus imposants constituant le site du Vieux-Port, comme le Centre des sciences et le cinéma IMAX, puisque ces bâtiments seraient utilisés à des fins éducatives, récréatives et scientifiques. La SVPM fait valoir que la plupart des grands parcs de Montréal incluent de tels bâtiments, comme les différents bâtiments du Jardin botanique, par exemple.

[72] De plus, les stationnements, la foire alimentaire, les toilettes ainsi que les terrains, promenades, chemins et voies publiques relèveraient aussi de l’exemption puisqu’ils sont accessoires et nécessaires à l’exploitation du parc, donc essentiels pour permettre aux six millions de visiteurs annuels, soit en moyenne environ 16 000 personnes par jour, d’accéder au site du Vieux-Port. La SVPM fait valoir que tous les parcs nécessitent un stationnement pour y accéder et que, par exemple, tous les grands parcs de Montréal sont dotés de stationnements.

[73] I cannot accept the OPMC’s reasoning. First, neither the National Parks Act nor the Marine Park Act defines the word “park”. However, I acknowledge that Canada’s national parks and national marine parks are examples of immovables developed and used as parks as they are specifically covered by paragraph 2(3)(c) of the PILT Act.

[74] To take our national parks as an example, these are vast expanses of land and water set aside for the conservation and enhancement of their ecosystems and wildlife, where visitors can relax and breathe clean air, and where commercial development, if any, is limited. At the very least, commercial activity is never the primary objective. Any buildings used for educational or scientific purposes, like interpretation or observation centres, are built and developed so as to ensure that the link with nature is not disrupted. Usually, they are even designed to highlight the natural surroundings and help visitors better understand the environment in which they find themselves and the fauna living there.

[75] The Canadian *Oxford English Dictionary Online* defines the word “park” as “a piece of land [usually] with lawns, gardens, etc. in a town or city, maintained at public expense for recreational use”. *Merriam-Webster*, in its online dictionary, defines the word “park” as “a piece of ground in or near a city or town kept for ornament and recreation ... [;] an area maintained in its natural state as a public property”.

[76] As I shall demonstrate, it is possible to build many phrases with the work “park”. However, the context of the PILT Act is important, and I do not believe that when Parliament used the word “park” at paragraph 2(3)(c) of the PILT Act, it intended to include every site of shared use or activity, such as a research park, industrial park, parking lot (*parc de stationnement* or *parc d’automobiles* in French), amusement parks, building inventory (*parc immobilier* in French) or even container yard (*parc à conteneurs* in French), as the OPMC appears to be submitting. If that were the case, most of the downtown core of any city, as long as it is operated by a federal Crown corporation, would be excluded from

[73] Je ne peux retenir le raisonnement de la SVPM. Dans un premier temps, ni la Loi sur les parcs nationaux ni la Loi sur le parc marin ne donnent de définition du mot « parc ». Toutefois, je reconnais que les parcs nationaux du Canada et les parcs marins nationaux du Canada sont des exemples d’immeubles aménagés en parc et utilisés comme tels car ils sont spécifiquement visés par l’alinéa 2(3)c) de la LPRI.

[74] Si nous prenons l’exemple de nos parcs nationaux, il s’agit de vastes étendues de terre et d’eau consacrées à la préservation et à la valorisation de la vie sauvage et de l’écosystème environnant, où les visiteurs peuvent respirer l’air pur en toute tranquillité et où le développement commercial, s’il a lieu, est limité. À tout le moins, l’objectif principal n’est jamais d’exercer une activité commerciale. Les bâtiments utilisés à des fins éducatives ou scientifiques comme des centres d’interprétation et d’observation, le cas échéant, sont construits et aménagés de sorte à ne pas nuire à la connexion avec la nature. Ils sont même généralement conçus pour valoriser la nature et permettre aux visiteurs de mieux comprendre le milieu naturel où ils se trouvent et la faune qui y vit.

[75] Le dictionnaire *Larousse* en ligne définit le mot « parc » comme un « terrain clos, en partie boisé, ménagé pour la promenade, l’agrément ». L’Office québécois de la langue française, dans le *Grand Dictionnaire terminologique* (2015), définit le mot « parc » comme un « vaste espace délimité, en plein air, généralement boisé, consacré à la conservation d’un écosystème ou aménagé à des fins récréotouristiques ».

[76] Comme je le montrerai, on peut certainement former plein de locutions avec le mot « parc ». Cependant le contexte de la LPRI est important et je ne pense pas que lorsque le législateur a utilisé le mot « parc » à l’alinéa 2(3)c) de la LPRI, il souhaitait y inclure tous les lieux d’utilisation ou d’activité communes, comme par exemple un parc scientifique, un parc industriel, un parc de stationnement, un parc automobile, un parc d’amusement, d’attractions ou de divertissement, un parc immobilier ou même un parc à conteneurs, comme semble le soutenir la SVPM. Si tel était le cas, une grande partie du centre-ville de n’importe quelle ville serait, dans la mesure où elle serait exploitée par une société d’État

the application of the PILT Act as a commercial, real estate or industrial park. If Parliament had wished to exclude these types of parks from the concept of federal property, it would have done so explicitly.

[77] When using the word “park” on its own, Parliament is instead referring to a natural urban park, developed as such for the benefit of the community. It is understandable that Parliament would intend to exclude this kind of park (not only the buildings situated on it, but also the land on which it is situated) from PILTs, as such parks represent a service provided by the Minister or the Crown corporation to the municipality, namely, providing access to peaceful green space for urban citizens, rather than using the land for, say, commercial development. This interpretation of the purpose of the provision is confirmed by the fact that paragraph 2(3)(c) excludes from the concept of federal property only those parks situated in urban areas, therefore only parks situated in densely populated zones. The wording of this provision does not exclude rural parks.

[78] As for the plain and ordinary meaning of the words, I do not believe that a reasonable person would imagine that I was heading to an IMAX theatre, food court or science centre if I said I was going to the park.

[79] Therefore, the word “park” appearing in paragraph 2(3)(c) fundamentally designates land and implies nature and the outdoors. This is not, as the OPMC claims, incompatible with use [TRANSLATION] “for educational, recreational and scientific purposes”. Nor is there any reason that certain buildings incidental to a park cannot be included in the meaning of the word “park” in the PILT Act. As I have stated above, a park can include certain dependencies necessary to its operation, such as benches, playgrounds and play structures, swings, trails, picnic tables, interpretive panels about nature, a pergola, and even restrooms and parking areas. In my view, this finding does not exclude the possibility of recognizing a commercial space situated in a park as being an integral part of the park, if that space were complementary. For example, a museum dedicated to the park could, depending on the facts of the case, be sufficiently incidental to the park to be included within the designation. However,

fédérale, exclue de l’application de la LPRI à titre de parc commercial, immobilier ou industriel. Si le législateur avait voulu exclure ces types de parcs de la notion de propriété fédérale, il l’aurait fait explicitement.

[77] Par le seul mot « parc », le législateur désigne plutôt un parc urbain naturel, aménagé comme tel au bénéfice de la communauté. On peut comprendre que la volonté du législateur était d’exclure ce type de parc (non seulement les bâtisses qui s’y trouvent, mais aussi le fond de terre) des PERI puisque ces parcs correspondent à un service que le ministre ou la société d’État rend à la municipalité, soit un accès à un espace vert et apaisant pour ses citoyens urbains, plutôt que d’utiliser ce terrain pour y faire un développement commercial, par exemple. Cette interprétation de l’objet de la disposition est par ailleurs confirmée par le fait que l’alinéa 2(3)c) n’exclut de la notion de propriété fédérale que les parcs situés en zone urbaine, donc que les parcs situés dans une zone densément peuplée. Ce texte n’exclut pas les parcs ruraux.

[78] Pour ce qui est du sens ordinaire et courant des mots, je ne peux pas concevoir qu’une personne raisonnable puisse s’imaginer que je me dirige vers un cinéma IMAX, une foire alimentaire ou un centre scientifique, par exemple, si je lui dis que je vais dans un parc.

[79] Le mot « parc » figurant à l’alinéa 2(3)c) désigne donc fondamentalement un terrain extérieur qui évoque le plein air et la nature. Il n’y a pas incompatibilité avec une utilisation « à des fins éducatives, récréatives et scientifiques » comme le soutient la SVPM. Cette qualité ne s’oppose pas non plus à ce que certains bâtiments accessoires à un parc puissent eux-mêmes être compris dans le sens du mot « parc » de la LPRI. En effet, comme je l’ai signalé, un parc peut comprendre certaines dépendances nécessaires à son exploitation, comme des bancs, des terrains et des modules de jeux, des balançoires, des sentiers, des tables de pique-nique, des panneaux d’interprétation de la nature, une pergola et même des toilettes et des stationnements, par exemple. À mon avis, cette conclusion n’exclut pas la possibilité que soit reconnu un espace commercial compris dans un parc comme faisant partie intégrante dudit parc, de sorte que cet espace soit complémentaire. Par exemple, un musée dédié à un

as I wrote in the introduction to these reasons, these commercial activities must not distract from the essential nature of a park.

[80] It appears to me that, basically, a park within the meaning of paragraph 2(3)(c) of the PILT Act is supposed to be “developed and used as a park” so that it can be sought out by the public as a refuge from the hustle and bustle of daily urban life, a bubble of tranquility, so to speak. If a building or commercial development is part of this environment, it must have a relationship of dependency with the park, to a certain degree, and also be developed and used in a way that is proportional and complementary to the primary use—such a development might facilitate or add to the use, understanding and appreciation of the park.

[81] Apart from some of the rail yard land, which I will address separately, the OPMC is including all of the disputed features of the Old Port site in the concept of “park” as it appears in paragraph 2(3)(c) of the PILT Act. These remaining features can be grouped into three major categories:

- (1) the Old Port site as a whole, except for the western portion of the Old Port that forms part of the Lachine Canal National Historic Site, including the grounds, promenades, roads, public highways and the underlying land;
- (2) the quays and buildings, such as the Science Centre, IMAX theatre, Bonsecours Pavilion, food court and restrooms, and including the commercial building and warehouse of the Jacques Cartier Pavilion and the Belvedere portion of the parking lot, namely building 17, on King Edward Quay; and
- (3) the outdoor and indoor parking lots and the parkades.

parc pourrait, selon les faits en cause, être suffisamment accessoire au parc pour lui-même avoir cette qualification. Toutefois, comme je l’ai signalé dans l’introduction des présents motifs, ces activités commerciales ne doivent pas détourner l’attention de l’essence même de ce qu’est un parc.

[80] Il me semble que, au fond, un parc au sens de l’alinéa 2(3)c) de la LPRI est censé être « aménagé en parc et utilisé comme tel » afin qu’il puisse être recherché par la population comme un refuge de l’agitation de la vie urbaine quotidienne pour être une sorte de bulle de tranquillité. Si un bâtiment ou un développement commercial fait partie de cet environnement, ceux-ci doivent avoir une certaine dépendance avec le parc, et aussi être aménagés et utilisés d’une façon proportionnée et complémentaire à cette utilisation principale — un tel développement peut faciliter ou ajouter à l’utilisation, la compréhension ou l’appréciation du parc.

[81] À part certains terrains de la cour ferroviaire sur lesquels je m’exprimerai séparément, la SVPM inclut tous les éléments controversés du site du Vieux-Port dans la notion de « parc » de l’alinéa 2(3)c) de la LPRI. Ces éléments toujours en cause peuvent se regrouper sous trois grandes catégories :

- 1) l’ensemble du site du Vieux-Port, sauf la portion ouest du Vieux-Port faisant partie du lieu historique national du canal de Lachine, incluant les terrains, promenades, chemins, voies publiques, ainsi que le fond de terre;
- 2) les quais et les bâtiments, tels, le Centre des sciences, le Cinéma IMAX, le pavillon Bonsecours, la foire alimentaire, les toilettes, et incluant le bâtiment commercial et entrepôt du Pavillon Jacques-Cartier ainsi que la portion Belvédère du stationnement, soit bâtiment 17, sur le Quai King-Edward; et
- 3) les stationnements extérieurs, intérieurs et étagés.

## a. The Old Port site as a whole

[82] The Old Port site is situated in an urban area and is accessible at all times, except for some of the buildings. The OPMC also submits that even if certain buildings were not considered parks (because they are included in the concept of federal property under another section of the PILT Act, for example), the land underlying them could be exempt from PILTs because of the characterization of the Old Port as a park.

[83] As indicated, the word “park” can evoke different concepts when accompanied by an adjective, like an industrial park, a business park or an amusement park. The Old Port site, with its many attractions, including a Ferris wheel (open to the public since September 2017), a Science Centre, an IMAX theatre, a concert space and a food court, is more akin to a theme park or an amusement park than to the natural, traditional park referred to in the PILT Act. According to the evidence before me, the OPMC’s first priority does not appear to be the “maintenance or restoration of ecological integrity, through the protection of natural resources and natural processes” (subsection 8(2) of the *National Parks Act*).

[84] The OPMC defines its mission as follows on its website: “to manage, develop and hold activities on a large urban site dedicated to recreation, tourism and culture”. Once again, it seems to me that if Parliament had wished to exclude such “parks” from the concept of federal property, it would have done so explicitly. However, by using the word “park” on its own, Parliament is referring, as we have seen, to a natural park. The Old Port site, as a whole, has not been developed as a traditional park, nor is it used as such.

[85] The degree of commercial activity also plays a role in the fair and equitable administration of the relationship between the taxing authority and the Crown corporation. A traditional park is not expected to rely on the same level of municipal services as a large commercial operation with millions of visitors per year. I understand,

## a. L’ensemble du site du Vieux-Port

[82] Le site du Vieux-Port est situé dans une zone urbaine et est accessible en tout temps, sauf pour certains bâtiments. De plus, la SVPM soutient que même si certains bâtiments n’étaient pas considérés comme des parcs (puisqu’ils seraient inclus dans la notion de propriété fédérale selon un autre article de la LPRI, par exemple), il demeure que leur fond pourrait être exempt de PERI en raison de la qualification du site du Vieux-Port comme parc.

[83] Comme il est signalé, le mot « parc » peut évoquer différentes notions lorsqu’il est accompagné d’un adjectif, par exemple un parc immobilier, un parc commercial ou un parc d’attractions. En effet, le site du Vieux-Port, avec ses nombreuses attractions, dont une grande roue (ouverte au public depuis septembre 2017), un Centre de science, un cinéma IMAX, un espace pour organiser des concerts et une foire alimentaire, s’apparente davantage à un parc thématique destiné au divertissement ou à un parc d’attractions, qu’à un parc naturel et traditionnel au sens de la LPRI. D’après la preuve dont je dispose, il ne semble pas que la première priorité de la SVPM soit « la préservation ou le rétablissement de l’intégrité écologique par la protection des ressources naturelles et des processus écologiques » (paragraphe 8(2) de la *Loi sur les parcs nationaux*).

[84] Le site Web de la SVPM définit ainsi sa mission : « développer, gérer et animer un vaste site récréotouristique et culturel urbain ». Comme je l’ai déjà signalé, il me semble que si le législateur avait voulu exclure ces types de « parcs » de la notion de propriété fédérale, il l’aurait fait explicitement. Or, en s’en tenant simplement au mot « parc », le législateur désigne, comme nous l’avons vu, un parc naturel. Le site du Vieux-Port, dans sa totalité, n’est pas aménagé en parc traditionnel ni utilisé comme tel.

[85] Le niveau d’activité commerciale joue également dans l’administration juste et équitable de la relation entre l’autorité taxatrice et la société d’État fédérale. On ne s’attend pas à ce qu’un parc traditionnel appelle le même niveau de services municipaux qu’exigerait une grande opération commerciale avec des millions de

however, that the OPMC is itself responsible for maintaining the Old Port site, by taking care of the trees, the grass, snow removal and garbage collection. This maintenance may be taken into account in calculating PILTs, but it has no relevance to the reasonableness of the exceptions to the concept of federal property on which the OPMC relied.

[86] While some people may well use some parts of the Old Port site as a haven of tranquility in which to reconnect with nature, the site as a whole, which, according to the City, is currently considered the number one tourist destination not only in Montréal, but in Quebec, is far from the peaceful setting described above. There may be pockets of tranquility within the site, such as green spaces, skating rinks and river boats, but these do not make the entire Old Port site a park; the Old Port site as a whole does not leave an impression of peaceful serenity on its visitors. It seems to me, rather, that the Old Port site has been developed as an urban entertainment destination, with vendors and kiosks scattered throughout to meet the needs of a paying public. In recent years, the Old Port site has been developed as an amusement park with its Ferris wheel, the IMAX theatre, spaces for taking in a concert, the Bota Bota spa, and the Cirque du Soleil every two years. The primary purpose of the site is therefore commercial.

[87] As I have explained, a true park is the opposite: nature is the principal attraction, and the objective is to enhance it while creating a bubble of tranquility. Incidental buildings may be present, but they must not detract from the natural setting.

[88] That said, development is often gradual, and identifying the moment when the Rubicon has been crossed may not be obvious, but in my view, the Old Port site has definitely made this transition. While certain parts of the site could certainly be equated to parks, it cannot be said that the site as a whole currently constitutes a park within the meaning of the PILT Act.

visiteurs par année. Je comprends toutefois que la SVPM assure elle-même l'entretien du site du Vieux-Port, soit l'entretien des arbres, du gazon, le déneigement et la collecte des ordures. Cet entretien sera possiblement pris en considération en ce qui concerne le calcul des PERI, mais cela n'a aucune pertinence quant au caractère raisonnable des exceptions à la notion de propriété fédérale que la SVPM a invoquées.

[86] Bien que certaines personnes utilisent possiblement quelques parties du site du Vieux-Port comme un havre de tranquillité afin de renouer avec la nature, l'ensemble du site, aujourd'hui connu selon la Ville comme la destination touristique numéro 1 non seulement à Montréal, mais au Québec, est loin d'être un lieu de sérénité comme défini plus haut. Il peut y avoir des poches de tranquillité à l'intérieur du site, comme des espaces verts, des patinoires et des bateaux à aubes, mais ces poches ne font pas de l'ensemble du site du Vieux-Port un parc; le site du Vieux-Port dans son ensemble ne communique pas un tel sentiment aux personnes qui le visitent. Il me semble plutôt que le site du Vieux-Port a été développé comme destination urbaine aux fins d'amusement et de divertissement, avec des vendeurs et des kiosques à travers le site pour répondre aux besoins du public payant. Ces dernières années, le site du Vieux-Port a été développé comme parc d'attractions avec la Grande Roue, le théâtre IMAX, où l'on peut assister à un concert, le spa Bota Bota ainsi que le Cirque du Soleil tous les deux ans. L'objectif premier du site est donc de nature commerciale.

[87] Comme je l'ai expliqué, un véritable parc est plutôt l'inverse : la nature est l'attraction principale et l'objectif est de valoriser cette attraction tout en constituant une bulle de tranquillité. Bien que des bâtiments accessoires peuvent s'y trouver, ceux-ci ne doivent pas le dénaturer.

[88] Cela dit, le développement est souvent progressif et la détermination du moment où le Rubicon a été franchi peut ne pas être évidente, mais à mon avis, le site du Vieux-Port a bel et bien fait cette transition. Bien que certaines parties du site puissent certainement être assimilées à un parc, on ne saurait dire que le site, dans son ensemble, constitue aujourd'hui un parc au sens de la LPRI.



[89] The OPMC cites the affidavit of Daniel Pinard, an evaluator for AEC Symmaf (now called Ryan), to point out the various buildings within the City's large urban parks that are designed for entertainment, public education, recreational or scientific purposes, and the fact that many of these parks have parking areas to enable the public to access them.

[90] There is no doubt that many large parks include buildings, like Mount Royal Park's Chalet and Belvedere, Maisonneuve Park's Chalet and the Botanical Garden's buildings. However, it is important to look not only at the buildings in question, but also at the park as a whole and how the buildings and park relate to each other. We must not miss the forest for the trees. In the parks pointed to by the OPMC, the buildings mentioned have a very small footprint in relation to the park as a whole and are designed to improve the overall experience of the park. This is certainly not the case for the IMAX theatre or the Science Centre.

[91] The OPMC argues, for example, that the City treats the Space for Life, a museum complex comprising the facilities of Montréal's Botanical Garden, Planetarium, Biodome and Insectarium, all of which have educational and scientific purposes, as a park.

[92] However, setting aside the fact that this complex does have as a unifying theme a focus on the natural sciences as well as the fact that the complex may not even be classified as a park by the City, I am of the view that the OPMC's approach of comparing the City's so-called municipal parks with the Old Port site is not very useful, since municipal parks are subject to an entirely different tax regime than that to which the Old Port site is subject. Furthermore, the PILT Act is an independent statute with its own terminology. The City correctly argues that, in applying the PILT scheme, it is not the role of the City and the OPMC to harmonize federal and provincial tax legislation with respect to parks. The OPMC's argument is based on the supposition that the PILT Act is a taxation statute. I have already held that this is not the case.

[89] La SVPM cite l'affidavit de Daniel Pinard, évaluateur au service de AEC Symmaf (aujourd'hui appelée Ryan) pour souligner les différents bâtiments à l'intérieur de grands parcs urbains de la Ville qui ont des fins de divertissement, d'éducation du public, récréatives ou scientifiques, et que, dans plusieurs de ces parcs on trouve des stationnements pour permettre au public d'accéder au parc.

[90] Il ne fait aucun doute qu'un certain nombre de grands parcs inclut des bâtiments, comme le Chalet et le Belvédère du parc du Mont-Royal, le Chalet du parc Maisonneuve, et les bâtiments du Jardin botanique. Cependant, il faut faire attention à ne pas seulement regarder les bâtiments en cause, mais aussi l'ensemble du parc et la relation entre le parc et le bâtiment. Il ne faut pas que l'arbre cache la forêt. Dans les parcs mentionnés par la SVPM les bâtiments mentionnés ont une empreinte minimale par rapport à l'ensemble du parc et sont conçus pour améliorer l'expérience globale du parc. Ce n'est certainement pas le cas du théâtre IMAX ou du Centre des sciences.

[91] La SVPM fait valoir, par exemple, que la Ville traite l'Espace pour la Vie, un complexe muséal qui regroupe les installations du Jardin botanique, du Planétarium, du Biodôme et de l'Insectarium de Montréal, qui ont toutes une vocation éducative et scientifique, comme un parc.

[92] Cependant, et en faisant abstraction du fait que ce complexe a un thème commun, à savoir la valorisation des sciences naturelles et du fait que le complexe n'est peut-être même pas défini comme un parc par la Ville, il me semble que la démarche de la SVPM consistant à comparer les supposés parcs municipaux de la Ville avec le site du Vieux-Port n'est pas très utile, puisque les parcs municipaux font l'objet d'un régime fiscal différent de celui touchant le site du Vieux-Port. De plus, la LPRI est un texte législatif autonome qui comporte sa propre terminologie. La Ville fait correctement valoir que, en ce qui concerne le régime des PERI, le rôle de la Ville et de la SVPM n'est pas d'harmoniser les lois fiscales fédérales et provinciales en matière de parc. L'argument de la SVPM repose sur la nature prétendument fiscale de la LPRI. J'ai déjà constaté que tel n'est pas le cas.

[93] To close this issue, the Attorney General has summarized the Minister's position with respect to determining the scope of federal property on a large site such as the Old Port site: it is not the property as a whole that matters; instead, one must assess each feature of the site to determine whether an exclusion from the concept of federal property is specifically applicable to it. Therefore, the correct approach to determining whether a particular feature is to be excluded from the concept of federal property is to connect that feature with one of the exceptions set out in the PILT Act, not to examine the site as a whole to determine whether one of the exceptions applies to it. In short, the Minister argues, one cannot decide that a property is a park and as such excluded from the concept of federal property under paragraph 2(3)(c) of the PILT Act, only to turn around and build things like hotels, bars and IMAX theatres on it, and then claim that because parks sometimes contain such buildings, the site as a whole continues to be covered by the park exclusion. One must instead look at each feature of the federal property at issue, not at the property as a whole.

[94] It is clear that the parties are approaching this issue from different perspectives. The OPMC submits that the Old Port site as a whole is a park, subject to certain features that do not correspond to any exemptions from the concept of federal property. The Attorney General, on the other hand, submits that the site as a whole cannot be a park because each of its features must be considered separately.

[95] Before me, the City did go so far as to concede that it could potentially accept a finding that the Old Port site as a whole constitutes a park, but it added that the individual features that it is challenging (except for the underlying land, which would be a park) should nevertheless not be covered by such an exemption from the concept of federal property, given the other inclusions listed in the PILT Act.

[96] In this context, the relativity and proportionality of the structures in relation to the surrounding land must also be taken into account to determine whether a particular area, regardless of its size, has been developed as a

[93] Pour clore cette question, le procureur général fait état de la position du ministre en ce qui concerne la détermination de l'étendue de la propriété fédérale sur un grand site comme celui du site du Vieux-Port : ce n'est pas l'ensemble de la propriété qui compte, il faut plutôt évaluer chaque élément du terrain pour déterminer si une exclusion de la notion de propriété fédérale peut s'appliquer à cet élément précis. Ainsi, la démarche consistant à déterminer si un élément particulier doit être exclu de la notion de propriété fédérale consiste à rattacher cet élément à une des exceptions prévues par la LPRI et non à examiner le site dans son ensemble pour déterminer si l'une des exceptions s'applique. Bref, d'après le ministre, on ne peut pas conclure qu'un terrain est un parc et donc exclu de la notion de propriété fédérale aux termes de l'alinéa 2(3)c) de la LPRI pour ensuite procéder à la construction, par exemple, d'hôtels, de bars et de cinémas IMAX, et soutenir que puisque les parcs contiennent parfois de tels bâtiments, l'ensemble du terrain continue de bénéficier de l'exclusion de parc. En somme, il faut plutôt se pencher sur chaque élément de la propriété fédérale en cause, et non pas sur la propriété dans son ensemble.

[94] Il est clair que les parties approchent cette question de manière différente. La SVPM soutient que l'ensemble du site du Vieux-Port est un parc, sous réserve de certains éléments qui ne répondent à aucune exemption de la notion de propriété fédérale. D'autre part, le procureur général soutient que l'ensemble du site ne peut pas être un parc, puisqu'il faut regarder chacun des éléments de manière autonome.

[95] Devant moi, la Ville est quant à elle allée jusqu'à concéder qu'elle pourrait possiblement se soumettre à la conclusion selon laquelle l'ensemble du site du Vieux-Port constitue un parc, mais les éléments individuels qu'elle conteste (sauf le fond de ces éléments qui serait un parc) devraient dans tous les cas être soustraits d'une telle exemption de la notion de propriété fédérale en raison d'autres inclusions prévues dans la LPRI.

[96] Dans ce contexte, la relativité et la proportionnalité des structures par rapport au terrain environnant doivent également être prises en compte pour déterminer si une zone particulière, quelle que soit sa taille, a été

park. No one feature taken individually is necessarily responsible for making the Old Port site lose its essence as a park. A restaurant, a museum, a science centre or a few parking areas will not necessarily constitute the tipping point. However, given the manner in which the Old Port site has been developed, with its infinite offerings of attractions occupying a disproportionate space compared with what one would expect in a traditional park, the Old Port site has crossed the threshold to become an entertainment venue and therefore does not constitute a park within the meaning of the PILT Act.

[97] Even if it can be said that the Old Port site, as a whole, was once a park in the traditional sense, it seems to me that it ceased being a park some time ago. The commercial operations of the IMAX theatre, the Science Centre, the Bota Bota spa, the Ferris wheel and the developments on the Jacques Cartier Quay have caused it to lose the essence it may have had in the past. The IMAX theatre and Science Centre certainly have broad educational and scientific goals, with a focus, as the OPMC explained at the hearing, on stimulating children's interest in science generally. They do, however, have a separate commercial objective and are not designed to help visitors better understand the nature around them, such as the whales and other animals that make up the fauna of the St. Lawrence River.

[98] I accept the idea that what constitutes an urban park is more subjective than, for instance, what constitutes a snow shed, and that the Crown or a Crown corporation must have some room to manoeuvre in exercising its discretion to make such a determination. Once again, however, this discretionary power is not unlimited.

[99] It is important to remember the following statements made by the Supreme Court in *Vavilov* [at paragraph 121]: “[the administrative decision maker] cannot adopt an interpretation it knows to be inferior — albeit plausible — merely because the interpretation in question appears to be available and is expedient.” Therefore, and with the exception of certain sections that the City recognizes as parks within the meaning of the PILT Act,

aménagée comme parc. Chaque élément pris individuellement n'a peut-être pas fait perdre au site du Vieux-Port son essence de parc. Un restaurant, un musée, un centre de science, ou quelques stationnements à eux seuls ne constituent peut-être pas l'élément critique. Cependant, vu la manière dont le site du Vieux-Port a été aménagé avec sa gamme infinie d'attractions qui occupent un espace démesuré sur le site par rapport à ce que l'on pourrait s'attendre d'un parc traditionnel, le site du Vieux-Port a franchi le seuil d'une destination de divertissement, et ne constitue donc pas un parc au sens de la LPRI.

[97] Même si l'on peut affirmer que le site du Vieux-Port était, à un moment donné, un parc dans son ensemble au sens traditionnel du mot, il me semble qu'il a cessé de ressembler à un parc depuis un certain temps. Les opérations commerciales du théâtre IMAX, du Centre scientifique, du spa Bota Bota, de la grande roue et les développements sur le Quai Jacques-Cartier lui ont fait perdre l'essence de ce qu'il a pu être par le passé. Le théâtre IMAX et le Centre scientifique ont certes une vocation éducative et scientifique générale, axée, comme l'a expliqué la SVPM à l'audience, sur le développement de l'intérêt des jeunes pour les sciences en général. Ils ont toutefois un objectif commercial distinct et ne sont pas conçus pour permettre aux visiteurs de mieux comprendre le milieu naturel environnant, comme les baleines et autres animaux qui constituent la faune du fleuve Saint-Laurent, par exemple.

[98] Je retiens l'idée que ce qui constitue un parc urbain est plus subjectif que, par exemple, un abri contre la neige, et que la Couronne ou une société d'État fédérale doit bénéficier d'une certaine marge de manoeuvre dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire pour parvenir à une telle détermination. Or, comme je l'ai déjà signalé, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas illimité.

[99] Il faut rappeler les observations suivantes de la Cour suprême dans l'arrêt *Vavilov* [au paragraphe 121] : « le décideur administratif ne peut adopter une interprétation qu'il sait de moindre qualité — mais plausible — simplement parce que cette interprétation paraît possible et opportune. » Ainsi, et à l'exception de certaines sections que la Ville reconnaît comme étant des parcs au sens de la LPRI comme, par exemple, le bassin Bonsecours à l'exclusion

for example, the Bonsecours Basin excluding the Chalet and the Pavilion, the Clock Tower Quay and the linear park along De la Commune Street, such is not the case for the Old Port site as a whole.

[100] Finally, and although the OPMC is attempting to justify its decision that the Old Port site is a park by bringing to the Court's attention features of other parks, like buildings and parking areas, to draw a parallel with the Old Port site, at no point in its decisions does the OPMC truly attempt to define what a park is under paragraph 2(3)(c) of the PILT Act. It seems to me that the OPMC should have provided reasons for its decision if it wished to depart from its long-standing practice of treating the Old Port site, as a whole, as not being excluded from the concept of federal property (*Vavilov*, at paragraph 131).

[101] Accordingly, the OPMC's decision on this issue is not transparent, intelligible or justified.

b. The quays, promenades and buildings

[102] Independently of the consideration of the Old Port site as a whole, I have been asked to determine whether certain parts of the site could, individually, be considered to have been developed as parks, or at least as incidental and complementary to other parts already considered parks, and therefore falling under the exception to paragraph 2(3)(c) of the PILT Act.

[103] Therefore, the OPMC submits that the buildings on Kind Edward Quay, namely, the Science Centre, the IMAX theatre and their parking lots and more generally all of the other buildings and constructions on the Old Port site that serve to host visitors, form an integral part of the parks found on the site. However, before me, it conceded that this position could only stand if I first held that the Old Port site as a whole was itself a park within the meaning of paragraph 2(3)(c) of the PILT Act. Having found that the Old Port site as a whole is not a park, it follows that neither the buildings nor the parking lots can be characterized as parks as per paragraph 2(3)(c) of the PILT Act.

du Chalet et du Pavillon, le parc du Quai de l'Horloge et le parc linéaire tout le long de la rue de la Commune, tel n'est pas le cas du site du Vieux-Port dans son ensemble.

[100] Finalement, et bien que la SVPM cherche à justifier sa décision selon laquelle le site du Vieux-Port est un parc en attirant l'attention de la Cour sur des éléments d'autres parcs, tels que des bâtiments et des stationnements, pour établir des similitudes avec le site du Vieux-Port, à aucun moment dans ses décisions la SVPM ne tente réellement de définir ce qu'est un parc tel que visé par l'alinéa 2(3)c) de la LPRI. Il me semble que la SVPM aurait dû justifier sa position si elle voulait s'affranchir de sa pratique de longue date selon laquelle le site du Vieux-Port, dans son ensemble, n'était pas exclu de la notion de propriété fédérale (*Vavilov*, au paragraphe 131).

[101] Par conséquent, la décision de la SVPM sur cette question n'est ni transparente, ni intelligible et ni justifiée.

b. Les quais, promenades et bâtiments

[102] Indépendamment de l'examen du site du Vieux-Port dans son ensemble, il m'a été demandé de déterminer si certaines parties du site peuvent, elles-mêmes, être considérées comme ayant été aménagées en parc, ou du moins comme accessoires et complémentaires à d'autres parties déjà considérées comme parcs, et donc comme relevant elles-mêmes de l'exception de l'alinéa 2(3)c) de la LPRI.

[103] Ainsi, la SVPM soutient que les bâtiments du Quai King-Edward, soit le Centre des sciences, le cinéma IMAX et ses stationnements, ainsi que plus généralement tous les autres bâtiments et constructions sur le site du Vieux-Port qui servent à accueillir les visiteurs font partie intégrante des parcs se trouvant sur le site. Cependant, devant moi, elle a concédé que sa thèse ne pouvait être retenue que si, au préalable, je constatais que l'ensemble du site du Vieux-Port est lui-même un parc au sens de l'alinéa 2(3)c) de la LPRI dans son intégralité. Ayant constaté que l'ensemble du site du Vieux-Port n'est pas un parc dans son intégralité, il s'ensuit que ni les bâtiments ni les stationnements ne tombent sous la qualification de parc telle qu'elle figure à l'alinéa 2(3)c) de la LPRI.

i. The Old Port Promenade and the Promenade des Artistes

[104] The Old Port Promenade (including the Promenade des Artistes) is a pedestrian area that is closed to car traffic. Visitors to the Old Port site may walk, run, rollerblade or bike (quadricycles and Segway scooters can be rented) or simply sit on the benches and look across the river at the architectural wonder that is Habitat 67. It is an outdoor promenade from the Saint-Pierre entrance at the western end of the Old Port site to the entrance to the Clock Tower Quay at the eastern end. The Promenade is adjacent to spaces already recognized by the City as developed and used as parks within the Old Port site, namely the space on the north side of the Promenade, except for the Saint-Pierre parking and the railway tracks, rail yard and entrances. However, this area is the main link between the different areas and attractions of the Old Port site, dotted with small commercial food and souvenir offerings.

[105] In these circumstances, while I would not personally conclude that the Promenade was incidental to the adjacent area, I also cannot say that it is unreasonable to consider it to be complementary to the adjacent parks, and thus to exclude it from the concept of federal property within the meaning of 2(3)(c) of the PILT Act.

ii. The Clock Tower Quay

[106] As stated above, the City recognizes that the OPMC has developed part of the Clock Tower Quay as a park and that it is used as such. However, most of the quay has not been developed as a park. Instead, it has been transformed into a large parking lot for the entire Old Port site and the commercial area of Old Montréal. I do not see how it could be reasonably argued that this area has been developed as a park.

i. Promenade du Vieux-Port et Promenade des Artistes

[104] La Promenade du Vieux-Port (incluant la Promenade des Artistes) est une zone piétonnière dont l'accès est interdit aux automobiles. Les visiteurs du site du Vieux-Port peuvent y marcher, courir, faire du patin à roues alignées ou du vélo (on peut notamment louer des quadricycles et des trottinettes Segway) ou simplement s'asseoir sur les bancs et regarder de l'autre côté du fleuve la merveille architecturale qu'est Habitat 67. Il s'agit effectivement d'une promenade extérieure allant de l'entrée Saint-Pierre à l'ouest du site du Vieux-Port, jusqu'au début du Quai de l'Horloge à l'est. La Promenade est adjacente aux espaces déjà reconnus par la Ville comme espaces aménagés et utilisés comme parcs à l'intérieur du site du Vieux-Port, soit l'espace du côté nord de la Promenade, sauf pour le stationnement Saint-Pierre et la voie ferrée, la cour ferroviaire et les entrées. Cependant, ce secteur est le lien principal entre les différentes zones et les attractions du site du Vieux-Port, parsemé de petites offres commerciales de nourriture et de souvenirs.

[105] Dans ces circonstances, bien que je n'aurais pas personnellement conclu que la promenade était un accessoire de la zone adjacente, je ne peux pas non plus dire qu'il soit déraisonnable de considérer cette promenade comme étant complémentaire aux parcs adjacents, et donc de l'exclure de la notion de propriété fédérale au sens de l'alinéa 2(3)c) de la LPRI.

ii. Le terrain du Quai de l'Horloge

[106] Ainsi que je l'ai déjà signalé, la Ville reconnaît que la SVPM a aménagé et qu'elle utilise comme parc une partie du Quai de l'Horloge. Cependant, la plus grande partie du quai n'a pas été aménagée en parc. Elle a plutôt été transformée en un grand stationnement desservant l'ensemble du site du Vieux-Port ainsi que la zone commerciale du Vieux-Montréal. Je ne vois pas comment on pourrait raisonnablement soutenir que cette zone a été aménagée comme parc.

- iii. The Bonsecours Basin Pavilion, including buildings 4 and 5, namely, the Terrasse Bonsecours and the pavilion (Chalet Bonsecours)

[107] The City concedes that the Bonsecours Basin area as a whole is a park generally designed for recreational purposes and featuring, depending on the season, a skating rink, pedal boat rentals, a Ferris wheel, a zipline and the Voiles en Voiles adventure park. The City does, however, submit that the Bonsecours Basin Pavilion, including buildings 4 (the Terrasse Bonsecours) and 5 (the Chalet Bonsecours), must be considered federal property in light of its commercial and independent function as a restaurant. I agree. Although a small part of the Chalet is used as a shelter for skaters in the winter and as a kiosk for skate rentals, the Bonsecours Basin Pavilion, and the Terrasse Bonsecours in particular, has been developed as a large, two-storey restaurant with ample space for outdoor dining. The Pavilion is an ideal place to enjoy an Aperol Spritz; it also includes a nightclub featuring weekly events.

[108] It is unreasonable to submit that the Bonsecours Basin Pavilion contributes in a complementary and proportional manner to the enjoyment of the adjacent space already recognized as a park. This is no mere counter, kiosk or snack bar where parents can offer their children a hot dog, an ice cream and a bathroom break before taking on the tumultuous waters of the basin after an exhilarating ride on the zipline.

- iv. The Jacques Cartier Quay

[109] Given the manner in which it is currently developed, it is not unreasonable to claim that the Jacques Cartier Quay, including the Jacques Cartier Pavilion commercial building, warehouse and restrooms, buildings 2, 2A and 3, falls within the park exclusion.

[110] The Terrasses de la Marina is a rather upscale restaurant, offering two levels of terraces and the possibility of making online reservations. It is an ideal spot for

- iii. Le pavillon Bonsecours, incluant les bâtiments 4 et 5, soit la Terrasse Bonsecours et le pavillon (Chalet Bonsecours)

[107] La Ville concède que le secteur du Bassin Bonsecours est en général un parc ayant un aspect plutôt récréatif offrant, en fonction des saisons, une patinoire, la location de pédalos, une grande roue, une tyrolienne et le Voile en Voile. La Ville affirme toutefois que le pavillon Bonsecours, incluant les bâtiments numéro 4 (la Terrasse Bonsecours) et numéro 5 (le Chalet Bonsecours), doit être considéré comme une propriété fédérale vu sa fonction plutôt commerciale et indépendante, à savoir la restauration. J'abonde dans son sens. Quoiqu'une petite partie du Chalet sert d'abri aux patineurs durant l'hiver et d'atelier pour la location de patins, le pavillon Bonsecours, en particulier la Terrasse Bonsecours, a été aménagé en un grand bistro-terrasse à deux niveaux, favorisant les repas en plein air. Ce pavillon est le lieu idéal pour déguster un *Aperol Spritz*; en outre, il sert de boîte de nuit avec des événements chaque semaine.

[108] Il est déraisonnable de soutenir que le pavillon Bonsecours peut contribuer de manière complémentaire et proportionnelle à l'utilisation, la compréhension ou l'appréciation de l'espace adjacent déjà reconnu comme étant aménagé en parc. Il ne s'agit pas d'un comptoir, kiosque ou petit casse-croûte où papa et maman peuvent offrir à leurs enfants un hot-dog, une crème glacée et une pause toilette leur permettant d'affronter les eaux tumultueuses du bassin après un exaltant vol sur le zipline.

- iv. Le terrain du Quai Jacques-Cartier

[109] Vu la manière dont il est actuellement aménagé, il n'est pas non plus raisonnable de soutenir que le Quai Jacques-Cartier, incluant le bâtiment commercial du Pavillon Jacques-Cartier, l'entrepôt et les toilettes, bâtiments 2, 2A et 3, répond à l'exclusion de parc.

[110] Les Terrasses de la Marina est un restaurant plutôt haut de gamme, avec deux niveaux de terrasses et la possibilité de réserver en ligne. Il s'agit d'un endroit idéal

young downtown professionals wishing to enjoy a drink and good food while basking in the sun. It is not a park.

[111] The quay is developed and used for entertainment events such as concerts and, in recent years, the Cirque du Soleil. While such events do not take place on the quay at all times, the pilings used to host them are permanently installed with fences all around; the area is therefore not accessible to the public, except for people attending Cirque du Soleil shows. The land is therefore not developed or used as a park. The public restrooms on the quay also appear to be intended more for the spectators at these events than for the users of the Old Port site's park spaces.

[112] Finally, the other buildings on the quay, some of which are used as warehouse space, are clearly not parks.

a. The Jacques Cartier Quay Promenade

[113] The Jacques Cartier Quay Promenade is the pedestrian walkway surrounding the quay, with a width of 20 to 35 feet depending on the precise location. This walkway includes small dependencies like park benches. Although the walkway does accommodate joggers, cyclists and anyone simply wishing to stroll or sit on the benches and enjoy the views of the river to the west, south and east, it is primarily a ring around the area built to house concerts and the Cirque du Soleil. It is not a place that promotes peaceful enjoyment, and I therefore do not believe that it was reasonable for the OPMC to conclude that it was developed as a park.

v. The King Edward Quay

[114] The Science Centre (building 13) and the IMAX theatre (building 14) on the King Edward Quay are clearly not sufficiently incidental or necessary to the operation of the adjacent parks to be exempted from PILTs on this basis. They are in fact commercial operations without any connection to the surrounding nature,

pour les jeunes professionnels du centre-ville désirant savourer un verre et de bons petits plats tout en se prélassant dans un bain de soleil. Il ne s'agit pas d'un parc.

[111] Le quai est aménagé et utilisé pour des événements de divertissement comme des concerts et, ces dernières années, le Cirque du Soleil. Bien que ce type d'événement n'ait pas lieu en permanence sur le quai, les pilotis servant à accueillir ce genre d'événement y sont installés en permanence avec des grillages tout le tour; il n'est donc pas accessible au public, sauf pour les personnes qui assistent aux spectacles du Cirque du Soleil. Ce terrain n'est donc pas aménagé ou utilisé à titre de parc. Les toilettes publiques se trouvant sur le quai semblent aussi servir davantage aux spectateurs assistant à ces événements plutôt qu'aux utilisateurs des espaces aménagés en parc du site du Vieux-Port.

[112] Enfin, les autres bâtiments du quai servant notamment d'entrepôt ne sont bien évidemment pas des parcs.

a. Promenade du Quai Jacques-Cartier

[113] La promenade du Quai Jacques-Cartier est le passage piéton qui entoure le quai d'une largeur de 20 à 35 pieds selon l'endroit exact. Cette promenade contient des petites dépendances, comme les bancs de parc. Quoique la promenade permette aux joggeurs, aux cyclistes et aux personnes qui veulent simplement se promener ou s'asseoir sur les nombreux bancs et profiter de la vue sur le fleuve à l'ouest, au sud et à l'est, elle est, pour la plupart, l'anneau autour de la zone construite pour recevoir des concerts et le Cirque du Soleil. On n'éprouve pas un sentiment de plaisir tranquille dans cette promenade, et ne je pense pas, donc, qu'il soit raisonnable pour la SVPM d'avoir conclu qu'elle a été aménagée comme un parc.

v. Le terrain du Quai King-Edward

[114] Le Centre des sciences (bâtiment 13) et le cinéma IMAX (bâtiment 14) sur le Quai King-Edward ne sont clairement pas suffisamment accessoires ou nécessaires à l'exploitation des parcs adjacents pour être exemptés de PERI à ce titre. En effet, ce sont des exploitations commerciales sans rapport avec la nature adjacente, soit les

namely, the wooded areas and the river. They do not operate outdoors, one has to pay to access them, and they are not thematically linked to the adjacent parks. These businesses could be located in the middle of a downtown or shopping centre and have the same purpose.

[115] For similar reasons, I consider it unreasonable to view the food court (building 16) as a park. Indeed, that building is also commercially operated independently of the adjacent parks. It follows from my two previous conclusions that it is unreasonable to argue that the enclosed walkway (i.e., with a roof) between the Science Centre and the food court (building 18) is incidental to a park and therefore excluded from the concept of federal property.

[116] King Edward Quay's central street (King Edward Quay Street) is obviously not a park either, as its primary function is to provide access to the buildings and parking lots on the quay. The exclusion of this street on the basis that it is a park is therefore unreasonable.

[117] The Belvedere (building 17), a trendy downtown reception hall, cannot reasonably be characterized as a park. This space has been developed as a reception hall and is not incidental to the adjacent spaces already recognized as parks.

a. The King Edward Quay Promenade

[118] The King Edward Quay Promenade is not at all developed as a park. It is a paved road that is probably best described as a building maintenance access road for cars and trucks delivering supplies and collecting garbage. This promenade is in no way developed as a park or as a complement to a park.

vi. The Alexandra Quay

[119] Today, the Alexandra Quay serves as the main cruise terminal for the Port of Montréal; however, until 2016, the OPMC leased outdoor and indoor parking, storage space and office space.

espaces boisés et le fleuve. Ils ne sont pas exploités en plein air, il faut payer pour y accéder et les thèmes de ces commerces n'ont aucun lien avec les parcs adjacents. Ces commerces pourraient se trouver dans le milieu d'un centre-ville ou d'un centre commercial et avoir la même vocation.

[115] Pour des raisons similaires, il est à mon avis déraisonnable de voir dans la foire alimentaire (bâtiment 16) un parc. En effet, ce bâtiment fait aussi l'objet d'une exploitation commerciale indépendante des parcs adjacents. Il s'ensuit de mes deux conclusions précédentes qu'il est déraisonnable de soutenir que la passerelle fermée (donc avec un toit) entre le Centre des sciences et la foire alimentaire (bâtiment 18) est accessoire à un parc et donc exclue de la notion de propriété fédérale.

[116] La rue centrale du Quai King-Edward (chemin central) n'est évidemment pas un parc non plus, car elle a pour fonction première de donner accès aux bâtiments et stationnements se trouvant sur le quai. L'exclusion de cette rue à titre de parc est donc déraisonnable.

[117] Le Belvédère (bâtiment 17), qui est une salle de réception branchée du centre-ville, ne peut pas raisonnablement être qualifiée de parc. En effet cet espace est aménagé à titre de salle de réception sans qu'elle soit accessoire aux espaces adjacents déjà reconnus comme parc.

a. La promenade du Quai King-Edward

[118] La promenade du Quai King-Edward n'est nullement aménagée comme un parc. Il s'agit plutôt d'une route pavée qui est probablement mieux décrite comme un accès d'entretien des bâtiments pour les voitures et les camions qui livrent des fournitures et ramassent les ordures. Cette promenade n'est absolument pas aménagée comme parc ni pour servir de complément à un parc.

vi. Le terrain du Quai Alexandra

[119] Aujourd'hui, le Quai Alexandra sert de principal terminal de croisière pour le port de Montréal; cependant, jusqu'en 2016, la SVPM louait des stationnements extérieurs et intérieurs et des espaces d'entreposage et de bureaux.



[120] Having already found that the Old Port site as a whole is not a park, I see no evidence to suggest that Alexandra Quay constitutes a park. Indeed, the OPMC does not argue that it is.

c. The parking areas

[121] The Old Port site is served by a number of outdoor and indoor parking lots operated by the OPMC. Starting on the east side, there are the outdoor parking lots of the Clock Tower Basin and Clock Tower Quay, which are commercially advertised—signs are located throughout downtown Montréal—listing fixed rates. There is also the outdoor street parking on the Port Road located outside the site gatehouse, with pay-and-display machines. In this area, there is also indoor parking in hangar 16 of the Clock Tower Quay (building 20).

[122] On King Edward Quay, there are parkades (building 15) and the parking attached to the Belvedere (building 17). Finally, on the Alexandra Quay, there are parkades and indoor parking in hangars 4 and 6. Except for the outdoor street parking along the Port Road, all of the parking areas are covered by the same commercial signage and operate with the same fixed rates.

[123] I have already held that the Old Port site as a whole does not constitute a park; accordingly, parking areas whose purpose is to serve this site cannot be considered parks.

[124] Moreover, the Old Port site parking lots are advertised by commercial signage. The parking fees are not the problem: the fact is that many Montréal parks, including Mount Royal Park, offer paid parking. The problem is rather that the OPMC's parking spaces are advertised in several downtown locations, targeting a clientele significantly larger than the population of visitors to the site; this is all the more true for the population of visitors to the site's green spaces.

[120] Ayant déjà constaté que le site du Vieux-Port n'était pas un parc dans son ensemble, aucun élément de preuve ne tend à établir que le Quai Alexandra constitue un parc. D'ailleurs, la SVPM ne le soutient pas.

c. Les stationnements

[121] Le site du Vieux-Port est desservi par un certain nombre d'aires de stationnement extérieures et intérieures exploitées par la SVPM. En commençant par l'est, nous avons les stationnements extérieurs du bassin de l'Horloge ainsi que du Quai de l'Horloge qui font l'objet d'un affichage commercial — des panneaux se trouvent à travers le centre-ville de Montréal — avec une tarification établie. On trouve aussi les stationnements extérieurs de la route du Port situés à l'extérieur de la guérite du site, avec horodateurs. Dans ce secteur, il y a aussi les stationnements intérieurs du hangar 16 du Quai de l'Horloge (le bâtiment numéro 20).

[122] Sur le Quai King-Edward, on trouve les stationnements extérieurs étagés (le bâtiment numéro 15) ainsi que le stationnement rattaché au Belvédère (le bâtiment numéro 17). Enfin, sur le Quai Alexandra, on trouve les stationnements extérieurs étagés ainsi que les stationnements à l'intérieur des hangars 4 et 6. À l'exception des stationnements extérieurs de la route du Port, toutes les aires de stationnement font l'objet du même affichage commercial et fonctionnent selon la même tarification fixe.

[123] J'ai déjà conclu que l'ensemble du site du Vieux-Port ne constitue pas un parc; par conséquent, toute aire de stationnement dont l'objectif est de desservir le site ne peut être considérée comme un parc.

[124] De plus, les stationnements du site du Vieux-Port font l'objet d'un affichage commercial. Le problème n'est pas que les stationnements sont payants : en fait, de nombreux parcs à Montréal, par exemple le parc du Mont-Royal, ont des stationnements payants. Le problème est plutôt que les stationnements de la SVPM font l'objet d'un affichage commercial incitatif dans plusieurs endroits du centre-ville de Montréal et visent une clientèle qui dépasse largement les seuls visiteurs de ce site et, à plus forte raison, les visiteurs des espaces verts du site.

[125] The OPMC submits that the City is equating parking areas situated within municipal parks with parks, but that is irrelevant to this dispute. It is true that the OPMC is deemed to be a private owner for PILT purposes, but this is relevant to the calculation of the effective tax rate and the property value applicable to these assets, not to the question of which assets are compensable or which are included in the property base (*MPA 2010*, at paragraph 40). The PILT Act is a complete code establishing which types of property are and are not included in the concept of federal property and therefore which are subject to PILTs. In any case, the Old Port site is not a park.

[126] These parking areas have a commercial use that is independent of the operation of the Old Port site: they enable visitors to Old Montréal to access the other attractions in this part of the city and visitors to the Old Port site to access the site's commercial activities.

[127] Accordingly, the parking lots are compensable as federal property, at least from a property tax perspective. As for the applicability of the Parking Lot By-law to the taxes on these parking areas, other arguments have been raised, including the OPMC's argument that the parking areas are located outside of the territory covered by this by-law.

- ii. Any structure or work—paragraph 2(3)(a) of the PILT Act

[128] Paragraph 2(3)(a) of the PILT Act excludes the following from the definition of *federal property*:

**Definitions**

2 ....

Property not included in the definition *federal property*

(3) ...

(a) any structure or work, unless it is

(i) a building designed primarily for the shelter of people, living things, fixtures, personal property or movable property,

[125] La SVPM fait valoir que la Ville assimile les stationnements se trouvant dans ses parcs municipaux à des parcs, mais cela n'a aucune pertinence dans le présent contentieux. Il est vrai que la SVPM est réputée être une propriétaire privée pour les PERI, mais ceci vaut pour le taux effectif et la valeur effective applicable à ses biens, pas pour la question de savoir quels biens sont compensables ou ce qui compose son assiette fiscale (*APM 2010*, au paragraphe 40). La LPRI est un code complet qui détermine quels biens sont inclus et lesquels sont exclus de la notion de propriété fédérale et donc des PERI. En tout état de cause, le site du Vieux-Port ne constitue pas un parc.

[126] Ainsi ces stationnements ont un usage commercial indépendant de l'opération du site du Vieux-Port : ils permettent aux visiteurs du Vieux-Montréal d'accéder aux autres attraits de ce secteur de la Ville et aux visiteurs du site du Vieux-Port d'accéder aux activités commerciales du site.

[127] Par conséquent, les stationnements sont compensables comme propriétés fédérales, au moins en ce qui concerne la taxe foncière. En ce qui concerne l'application du Règlement sur les stationnements pour la taxe sur les parcs de stationnement, d'autres arguments sont soulevés, portant notamment que ces stationnements se trouvent, selon la SVPM, à l'extérieur du territoire d'application de ce règlement.

- ii. Les constructions ou ouvrages — alinéa 2(3)a) de la LPRI

[128] L'alinéa 2(3)a) de la LPRI prévoit qu'ils sont exclus de la définition de *propriété fédérale* :

**Définitions**

2 [...]

Exclusions : propriété fédérale

(3) [...]

a) les constructions ou ouvrages, sauf :

(i) les bâtiments dont la destination première est d'abriter des êtres humains, des animaux, des plantes, des installations, des biens meubles ou des biens personnels,

...

[...]

(v) paving or other improvements associated with employee parking, or [Emphasis added.]

(v) l’asphaltage des stationnements pour employés et les autres améliorations s’y rattachant. [Je souligne.]

[129] The parties agree that the concept of “structure or work” referred to in paragraphs 2(3)(a) and 2(3)(b) and Schedule II to the PILT Act covers surface features and not the underlying land.

[129] Il n’est pas controversé entre les parties que les notions de « constructions ou ouvrages » consacrées par l’alinéa 2(3)a ainsi que par l’alinéa 2(3)b et par l’annexe II de la LPRI visent les aménagements de surface et non pas les terrains sous-jacents.

a. The Jacques Cartier Quay’s elevated walkway

a. La passerelle surélevée du Quai Jacques-Cartier

[130] It is not unreasonable to exclude the Jacques Cartier Quay’s elevated walkway, which extends from the upper floor of the Marina des Terrasses to approximately half the length of the quay, on the west side, as a structure or work within the meaning of paragraph 2(3)(a) of the PILT Act. The walkway is open and therefore not used to shelter visitors to the site, meaning that it does not fall within the inclusion provided for in subparagraph 2(3)(a)(i) of the PILT Act.

[130] Il n’est pas déraisonnable d’exclure la passerelle surélevée du Quai Jacques-Cartier qui va de l’étage supérieur de la Marina des Terrasses jusqu’à environ la moitié de la longueur du quai, du côté ouest, à titre de construction ou ouvrage au sens de l’alinéa 2(3)a de la LPRI. Cette passerelle est ouverte et ne sert donc pas à abriter les visiteurs du site de sorte qu’elle ne tombe pas sous l’inclusion du sous-alinéa 2(3)a(i) de la LPRI.

b. The parking areas

b. Les stationnements

[131] The OPMC raises two grounds of exclusion for uncovered outdoor parking areas, namely, the park exclusion (paragraph 2(3)(c) of the PILT Act) and the structure and work exclusion (paragraph 2(3)(a) of the PILT Act) and, in the case of parkades and indoor parking lots, the OPMC raises, in addition to these two exclusions, an exemption based on the concept of snow sheds under paragraph 2(3)(b) and item 12 of Schedule II to the PILT Act.

[131] La SVPM soulève deux motifs d’exclusion pour les stationnements extérieurs non couverts, soit celui relatif aux parcs (alinéa 2(3)c) de la LPRI) et celui relatif aux constructions et ouvrages (alinéa 2(3)a) de la LPRI) et, dans le cas des stationnements étagés et intérieurs, la SVPM invoque, en plus de ces deux exclusions, une exemption en vertu de la notion d’abri contre la neige en vertu de l’alinéa 2(3)b) et du point 12 de l’annexe II de la LPRI.

[132] I should start by noting that parking areas, by their very nature, are not excluded from the concept of federal property. Furthermore, I have already held that it was unreasonable for the OPMC to characterize the parking areas (and therefore the underlying land) as being incidental to a park.

[132] Je dois d’abord signaler que les stationnements, par leur nature même, ne constituent pas une exclusion de la notion de propriété fédérale. De plus, j’ai déjà conclu qu’il était déraisonnable pour la SVPM de considérer les stationnements (et donc le terrain sous-jacent) comme accessoires à un parc.

[133] The OPMC submits that its uncovered outdoor parking areas and its parkades and indoor parking lots, as site improvements, constitute “structure[s] or work[s]”

[133] La SVPM soutient que ses stationnements extérieurs non couverts ainsi que ses stationnements intérieurs et étagés, en tant qu’améliorations d’emplacement,

within the meaning of paragraph 2(3)(a) of the PILT Act and are therefore excluded from the concept of federal property. It therefore excluded from its PILT calculations the surface features of the outdoor parking areas, and the structure and surface features of the open parkades and indoor parking areas, but not the underlying land.

[134] The City rejects these grounds with respect to parkades and indoor parking lots, arguing that while it may be possible to exclude from PILTs the paving of parking areas (the totality of the site improvements for uncovered outdoor parking) the parkades and indoor parking lots are not covered by the concept of “structure or work” within the meaning of subparagraph 2(3)(a)(i) of the PILT Act and therefore qualify for PILTs. The City confirms that its PILT request with respect to the uncovered outdoor parking areas only covered the underlying land, and not the surface improvements, as these include only the value of the paving within the meaning of item 11 of Schedule II to the PILT Act.

[135] This issue, however, is still relevant for the OPMC, even with respect to these uncovered outdoor parking areas, since if the surface features are exempt and do not constitute federal property, the OPMC argues that it follows from this that no other property taxes, like the parking lot tax, can be levied. The OPMC submits that because the Parking Lot By-law is a property tax levied on the surface area of the parking area and not on the value of the underlying land, if the improvements to the parking area—the paving and the gravel beneath it—are excluded from the concept of federal property, the City can no longer levy this tax on parking areas because there is nothing left that could be called a parking area; one cannot levy a tax on a parking area while ignoring the fact that it is a structure or work, and, as such, excluded from the concept of “federal property”. Accordingly, in the OPMC’s view, the Parking Lot By-law can only be applied to a federal property, and if it is found that the surface is no longer a federal property, the City cannot levy any tax on this surface.

constituent des « constructions ou ouvrages » au sens de l’alinéa 2(3)a) de la LPRI et qu’ils sont donc exclus de la notion de propriété fédérale. Elle a donc exclu dans ses calculs de PERI les aménagements de surface des stationnements extérieurs, et la structure et les aménagements de surface du stationnement étagé ouvert et du stationnement intérieur, mais non les terrains sous-jacents.

[134] La Ville rejette ces motifs en ce qui concerne les stationnements étagés et intérieurs et fait valoir que bien qu’il soit possible d’exclure des PERI l’asphaltage des stationnements (l’ensemble des améliorations d’emplacement pour les stationnements extérieurs non couverts), les stationnements étagés et intérieurs sont soustraits à la notion de « constructions ou ouvrages » aux termes du sous-alinéa 2(3)a)(i) de la LPRI et donnent droit à des PERI. En fait, la Ville confirme que sa demande de PERI à l’égard des stationnements extérieurs non couverts ne visait que le terrain sous-jacent, et non les améliorations de surface car celles-ci ne comprennent que la valeur du pavage au sens du point 11 de l’annexe II de la LPRI.

[135] Cette question demeure toutefois pertinente pour la SVPM, même en ce qui concerne ces stationnements extérieurs non couverts, car si les aménagements de surface sont exemptés et ne constituent pas une propriété fédérale, la SVPM fait valoir qu’il faut en tirer la conclusion qu’il ne peut y avoir d’autres taxes foncières, comme la taxe sur les stationnements. La SVPM soutient que comme le Règlement sur les stationnements est une taxe foncière qui vise la superficie du terrain de stationnement et non pas la valeur du terrain sous-jacent, si on enlève l’aménagement de stationnement — l’asphalte et le gravier qu’il y a en dessous — comme exclu de la notion de propriété fédérale, la Ville ne peut plus imposer cette taxe sur les stationnements parce qu’il n’y a plus de stationnement; on ne peut pas imposer une taxe sur les stationnements en faisant abstraction du fait que ce stationnement est une construction ou ouvrage et que, par conséquent, il est exclu du concept de « propriété fédérale ». Par conséquent, cependant, le Règlement sur les stationnements ne peut être imposé qu’à une propriété fédérale, et une fois que la surface n’est plus une propriété fédérale, la SVPM prétend que la Ville ne peut pas imposer la taxe sur cette surface.

[136] This distinction strikes me as being too artificial and a misinterpretation of the plain words of the PILT Act. Surfaces and surface areas are irrelevant. The only concepts we are dealing with here are works and underlying land; the PILT Act makes no distinction, at paragraph 2(3)(a), between the underlying land and its surface. The purpose of this paragraph is simply to exclude structures and works found above the surface of the land. Nor is the commercial use to which the federal property is put relevant under the PILT Act.

[137] Regarding uncovered outdoor parking areas, the surface improvements constitute “structure[s] or work[s]”. The City has already recognized that the paving of uncovered outdoor parking areas is excluded from the concept of federal property within the meaning of paragraph 2(3)(b) and item 11 of Schedule II to the PILT Act. It is unreasonable, however, to exclude the land underlying these parking areas: they are not parks, and paragraph 2(3)(a) does not include an exemption for the underlying land.

[138] On the other hand, it would be unreasonable to decide that parkades and indoor parking lots are excluded from the concept of federal property on the ground that they are covered by paragraph 2(3)(a) of the PILT Act. Such buildings are expressly included in the definition under subparagraph 2(3)(a)(i) of the PILT Act.

[139] The term “building” is broad enough to encompass any solid and permanent construction designed to shelter people, animals or property. Although the parkades are open steel structures with a roof and no walls, they are nevertheless, in my view, buildings the primary purpose of which is to shelter moveable property, in this case vehicles. The vehicles parked on the outside perimeter are somewhat less protected, perhaps, but the fact remains that, for the most part, the primary feature of these structures is the protection they offer from wind, rain and snow to vehicles and their passengers.

[140] While the verb “to shelter” can have several layers of meaning—for instance, we might say we wish to be sheltered from environmental factors like rain, snow, wind or sun, or be sheltered from dangers like wild

[136] Il me semble que c’est une distinction bien trop artificielle et une mécompréhension des termes clairs de la LPRI. Il n’est pas question de superficie ou de surface. Il est seulement question d’ouvrage et de fond de terre; la LPRI ne fait aucune distinction, à l’alinéa 2(3)a, entre la surface et le terrain sous-jacent. Ce texte ne vise qu’à exclure les constructions et les ouvrages au-dessus de la surface du terrain. La LPRI ne concerne pas non plus l’utilisation commerciale qui est faite de la propriété fédérale.

[137] En ce qui concerne les stationnements extérieurs non couverts, les aménagements de surface sont des « constructions ou ouvrages ». En fait, la Ville a déjà reconnu que les pavages des stationnements extérieurs non couverts sont exclus de la notion de propriété fédérale au sens de l’alinéa 2(3)b) et le point 11 de l’annexe de la LPRI. Il est déraisonnable, toutefois, d’exclure le fond de terre de ces stationnements qui ne sont pas des parcs et puisque l’alinéa 2(3)a) ne prévoit pas d’exemption pour le fond de terre sous-jacent.

[138] D’autre part, il est déraisonnable de décider que les stationnements intérieurs et étagés doivent être exclus de la notion de propriété fédérale, puisqu’ils seraient visés par l’alinéa 2(3)a) de la LPRI. En effet, ces bâtiments sont visés par l’inclusion prévue par le sous-alinéa 2(3)a)(i) de la LPRI.

[139] Le mot « bâtiment » a un sens assez large pour englober toute construction solide et permanente qui permet d’abriter ou d’héberger des personnes, animaux ou biens. Quoique les stationnements étagés sont des structures en acier ouvertes avec un toit, sans murs, il s’agit quand même, selon moi, de bâtiments dont la destination première est d’abriter des biens meubles, en l’occurrence des voitures. Les véhicules garés sur le périmètre extérieur sont peut-être moins bien protégés, mais il n’en reste pas moins que, pour la plupart, la protection des voitures et leurs passagers contre le vent, la neige et la pluie est le principal attribut de ces structures.

[140] Bien que le verbe « abriter » puisse avoir plusieurs aspects — on dit, par exemple que l’on veut s’abriter de l’environnement, soit la pluie, la neige, le vent ou le soleil, ou s’abriter d’autres dangers comme les animaux

animals—ultimately, it seems to me that “to shelter” means to protect the people or objects being sheltered from elements that might harm or damage them.

[141] Finally, and once again, I must point out that, in its decisions, the OPMC has not adequately explained the logic behind its new attitude towards its parking areas.

iii. Snow sheds—paragraph 2(3)(b)—  
Schedule II—item 12

[142] This is not one of the OPMC’s best arguments. Paragraph 2(3)(b) of the PILT Act and Schedule II state that the definition of *federal property* does not include:

**Definitions**

**2** ...

...

**Property not included in the definition *federal property***

**(3)** ...

...

**(b)** any structure, work, machinery or equipment that is included in Schedule II;

...

**SCHEDULE II**

**(SECTION 2)**

...

**2** ... lathes ...

...

**7** Monuments

...

**12** Snow sheds ...

sauvages — en fin de compte, il me semble qu’« abriter » signifie protéger la personne ou l’objet que l’on abrite d’éléments qui peuvent blesser ou endommager cette personne ou cet objet.

[141] Finalement, et encore une fois, je dois souligner que, dans ses décisions, la SVPM n’a guère expliqué la logique de cette nouvelle attitude vis-à-vis de ses stationnements.

iii. Abris contre la neige — alinéa 2(3)b  
— Annexe II — point 12

[142] Ce n’est pas l’un des meilleurs arguments de la SVPM. L’alinéa 2(3)b de la LPRI ainsi que l’annexe II prévoient que sont exclus de la définition de *propriété fédérale* :

**Définitions**

**2** [...]

[...]

**Exclusions : propriété fédérale**

**(3)** [...]

[...]

**b)** les constructions, les ouvrages, les machines ou le matériel mentionnés à l’annexe II;

[...]

**ANNEXE II**

**(article 2)**

[...]

**2** [...] tours [...]

[...]

**7** Monuments

[...]

**12** Abris contre la neige [...]

[143] Over the years, the issue of whether the Clock Tower should be excluded from the concept of federal property as a “monument” within the meaning of items 2 (of the French version of Schedule II) and 7 of Schedule II has remained controversial. However, during the hearing, the parties informed me that they had reached an agreement on this issue. Moreover, as the City has dropped the issue of whether the Clock Tower Basin is excluded as a “dock” within the meaning of item 3 of the same schedule, all that remains is to consider whether parkades and indoor parking lots are “snow sheds” (“*abris contre la neige*” in French) within the meaning of item 12 of Schedule II to the PILT Act.

[144] Starting in 2016 for the King Edward Quay and in 2017 for the Clock Tower Quay, the OPMC began to rely on the concept of snow sheds under paragraph 2(3)(b) and item 12 of Schedule II to the PILT Act for its parkades and indoor parking lots, as these protect vehicles from snow. The parties agree that this exclusion is not meant to apply to the underlying land, but to the building itself.

[145] The issue is whether the Belvedere, a section of building 17 with a parkade on King Edward Quay, falls within this exemption because it serves to shelter (“*abriter*”) people who wish to gather to celebrate a special occasion. For the same reasons applicable to the parkades and indoor parking lots, such an interpretation of the French term “*abri contre la neige*” (“snow shed” in English) is unreasonable; the Belvedere must therefore be included pursuant to subparagraph 2(3)(a)(i) of the PILT Act.

[146] The OPMC is claiming the “snow shed” exemption on the basis that the parkades and indoor parking lots protect fully or partially against snow in the winter; however, their primary use is not to *shelter* vehicles, but rather to provide parking spots. Consequently, the exception set out in subparagraph 2(3)(a)(i) of the PILT Act does not apply to them.

[147] As we have seen above, the City is of the opinion that these works must be included in the concept of federal property as buildings designed primarily for the

[143] Au fil des années, la question de savoir si la Tour de l’Horloge devait être exclue de la notion de propriété fédérale en tant que « monument » au sens des points 2 (dans la version française de l’annexe II) et 7 de l’annexe II est demeurée controversée. Cependant, au cours de l’audience, les parties m’ont informé qu’elles s’étaient entendues sur cette question. De plus, comme la Ville a renoncé à débattre la question de savoir si le bassin de l’Horloge est exclu à titre de « bassin » au sens du point 3 de cette même annexe, il ne reste qu’à examiner la question de savoir si les stationnements intérieurs et étagés constituent des « abris contre la neige » au sens du point 12 de l’annexe II de la LPRI.

[144] À partir de 2016 pour le Quai King-Edward et à partir de 2017 pour le Quai de l’Horloge, la SVPM s’est mise à invoquer la notion d’abri contre la neige suivant l’alinéa 2(3)b) et le point 12 de l’annexe II de la LPRI pour ses stationnements intérieurs et à étages, puisque ceux-ci protègent les automobiles de la neige. Il n’est pas controversé entre les parties que cette exclusion ne vise pas le fond de terre, mais seulement la bâtisse elle-même.

[145] La question s’est posée de savoir si le Belvédère, soit une section du bâtiment 17 avec le stationnement étagé sur le Quai King-Edward, pouvait bénéficier de cette exemption car il sert à abriter les personnes souhaitant se réunir pour souligner une occasion spéciale. Or, pour les mêmes raisons que pour les stationnements intérieurs et à étages, une telle interprétation de l’expression « abris contre la neige » est déraisonnable; le Belvédère doit donc être inclus aux termes du sous-alinéa 2(3)a)(i) de la LPRI.

[146] La SVPM invoque l’exemption « d’abris contre la neige », puisque les stationnements intérieurs et à étages protègent en tout ou en partie contre la neige en hiver, mais leur destination première ne serait toutefois pas *d’abriter* des automobiles, mais bien de servir de stationnements, de sorte que l’exception prévue par le sous-alinéa 2(3)a)(i) de la LPRI ne leur serait pas applicable.

[147] Comme nous l’avons vu précédemment, la Ville est d’avis que ces ouvrages doivent être inclus dans la notion de propriété fédérale en tant que bâtiments dont

shelter of movable property (vehicles) within the meaning of subparagraph 2(3)(a)(i) of the PILT Act. The City also submits that the late and irregular use of the exemption in item 12 of Schedule II to the PILT Act for the parkades and indoor parking lots on the Old Port site that crept in over time further supports the argument that the OPMC's decisions are unreasonable.

[148] In fact, the OPMC argues that the parkades and indoor parking lots are not designed to *shelter* vehicles within the meaning of subparagraph 2(3)(a)(i), while simultaneously claiming that these same parking areas are technically “snow sheds” within the meaning of item 12 of Schedule II to the PILT Act on the basis that they shelter vehicles from snow.

[149] I find the OPMC's position on this point contradictory and difficult to follow; either these parking areas shelter vehicles, or they do not.

[150] As indicated above, given the plain meaning of the terms “movable property”, “building” and “shelter”, it is clear that the parkades and indoor parking lots are indeed covered by subparagraph 2(3)(a)(i) and included in the concept of federal property.

[151] As for the applicability of Schedule II, item 12, I must admit to the OPMC that its parkades and indoor parking lots provide shelter against snow. However, the mere fact that a property provides shelter against snow does not automatically make it a “snow shed” within the meaning of the PILT Act. If that were the case, every building with a roof on the Old Port site would be a snow shed under this statute. This is certainly not what Parliament intended when it included the term “snow sheds” in Schedule II, item 12.

[152] It is my view that a parkade or indoor parking lot is a space designed for the safe storage of vehicles that are not in use. Providing shelter from snow is not the sole purpose of this type of parking area, although it is an advantage. It is also worth noting that these same types of structures can be found in places that lack snow.

la destination première est d'abriter des biens meubles (les voitures) au sens du sous-alinéa 2(3)a(i) de la LPRI. De plus, la Ville fait valoir que l'utilisation tardive et irrégulière de l'exemption du point 12 de l'annexe II de la LPRI pour les stationnements intérieurs et à étages sur le site du Vieux-Port qui s'est ajoutée au fil du temps est un autre indice du caractère déraisonnable des décisions de la SVPM.

[148] En effet, la SVPM soutient que les stationnements intérieurs et étagés ne servent pas à *abriter* les voitures au sens du sous-alinéa 2(3)a(i), tout en soutenant que ces mêmes stationnements sont techniquement des « abris contre la neige » au sens du point 12 de l'annexe II de la LPRI, puisqu'ils abriteraient les voitures contre la neige.

[149] Je trouve cette position de la part de la SVPM contradictoire et difficile à suivre; soit les stationnements abritent les voitures, soit ils ne les abritent pas.

[150] Reste que, comme déjà indiqué, vu le sens commun des mots « biens meubles », « bâtiment » et « abris », on comprend que les stationnements intérieurs et à étages sont bel et bien visés par le sous-alinéa 2(3)a(i) et inclus dans la notion de propriété fédérale.

[151] En ce qui concerne l'application du point 12 de l'annexe II, je dois admettre à la SVPM que ses stationnements intérieurs et à étages abritent contre la neige. Toutefois, ce n'est pas parce qu'un bien abrite contre la neige que ce bien devient un « abri contre la neige » au sens de la LPRI. Si tel était le cas, tous les bâtiments sur le site du Vieux-Port dotés d'un toit seraient des abris contre la neige au sens de cette loi. Ce n'est certainement pas ce que le législateur a voulu dire en incluant l'expression « abri contre la neige » au point 12 de l'annexe II.

[152] Je suis plutôt d'avis qu'un stationnement intérieur ou étagé est un espace aménagé pour placer en lieu sûr des véhicules qui ne sont pas en utilisation. Ce type de stationnement n'a pas comme fonction d'abriter seulement contre la neige, bien que cela soit un avantage. Il est par ailleurs intéressant de noter qu'on trouve ce type de construction dans des lieux qui ne connaissent pas la neige.



[153] This is not the sole argument supporting a finding that the OPMC's determination on this issue is unreasonable. Indeed, the meaning of the French term "*abri contre la neige*" is easily determined by studying the arrangement of the words of Schedule II, item 12, and by reference to the English version of the exemption, which uses the term "snow shed", meaning a shelter against avalanches covering a road or railway tracks in a mountainous area.

[154] I share Justice Martineau's opinion on a point that the Supreme Court did not call into question: when an item in Schedule II to the PILT Act mentions several things, they share common characteristics (*City of Montréal v. Montréal Port Authority*, 2007 FC 701, 314 F.T.R. 250, at paragraph 132).

[155] Like the rest of the property enumerated in Schedule II, a "snow shed" is a very specific type of structure. The types of property listed in item 12 of Schedule II—snow sheds, tunnels, bridges and dams—are structures related to protection from or management or control of a natural element to promote safe passage, traffic or flow. They are also structures that are only meant to be passed through and are not intended as temporary or permanent shelters for people or property.

[156] A principle of bilingual statutory interpretation holds that when one version of a statute is broader and more ambiguous and the other is unambiguous, the latter is to be preferred (see, for example, *Pfizer Co. Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 456, (1975), 68 D.L.R. (3d) 9 and *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660, (1977), 17 N.R. 486).

[157] For these reasons, I find that the OPMC's interpretation of the exclusion set out in item 12 of Schedule II to the PILT Act is unreasonable. While they do "shelter" vehicles ("*abritent*" in French), the OPMC's parkades and indoor parking lots cannot be considered snow sheds (*abris contre la neige*), which are excluded from the base on which PILTs are calculated under Schedule II to the PILT Act. Therefore, the interpretation put forward by the OPMC respects neither the text of the PILT Act nor the will of Parliament.

[153] Ce n'est pas le seul argument qui milite en faveur du caractère déraisonnable de la détermination de la SVPM sur cette question. En effet, la signification de l'expression « abri contre la neige » est facilement cernée si on étudie la façon dont sont disposés les mots au point 12 de l'annexe II et si on se rapporte à la version anglaise de cette exemption, soit l'expression « *snow shed* », qui signifie un abri contre les avalanches pour couvrir des routes ou des chemins de fer en région montagneuse.

[154] Je suis de l'opinion du juge Martineau sur un point que la Cour suprême n'a pas remis en question : lorsqu'un point de l'annexe II de la LPRI énonce plusieurs choses, celles-ci comportent des caractéristiques communes (*Ville de Montréal c. Administration portuaire de Montréal*, 2007 CF 701, au paragraphe 132).

[155] Comme pour le restant des biens énumérés dans l'annexe II, un « abri contre la neige » est un type de structure très spécifique. Dans le cas de la catégorie des biens énumérés au point 12 de l'annexe II — abri contre la neige, de tunnels, de ponts et de barrages — il s'agit de structures en lien avec la protection, la gestion ou le contrôle d'un élément naturel pour le passage, la circulation ou un flux sécuritaire. Ce sont aussi des structures dans lesquelles on ne fait que passer et qui ne servent pas à héberger de façon temporaire ou permanente des personnes ou des biens.

[156] Un principe d'interprétation des lois bilingues veut que lorsqu'une version de la loi a un sens plus large et ambigu, il faut préférer le sens qui ne présente pas d'ambiguïté (voir, par exemple, *Pfizer Co. Ltd. c. Sous-ministre du Revenu National*, [1977] 1 R.C.S. 456 et *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660).

[157] Pour ces raisons, il faut donc conclure qu'est déraisonnable l'interprétation par la SVPM de l'exclusion prévue par le point 12 de l'annexe II de la LPRI. Bien qu'ils « abritent » des voitures, les stationnements extérieurs et à étages de la SVPM ne sauraient être considérés comme abris contre la neige qui sont exclus de la base du calcul des PERI en vertu de l'annexe II de la LPRI. Donc, l'interprétation défendue par la SVPM ne respecte ni le texte de la LPRI, ni la volonté du législateur.

[158] It bears remembering that the PILT Act must be interpreted in accordance with its purpose, which is “the fair and equitable administration of payments in lieu of taxes” (section 2.1 of the PILT Act). Its interpreter must not attempt to minimize PILTs by desperately hunting for exclusions with a magnifying glass. Nor is it acceptable to exploit “ambiguities”, “gaps” or “double meanings” to maximize exclusions (or, on the contrary, to minimize them). The interpreter’s mission is to find a fair and equitable interpretation of the texts on the basis of their plain and ordinary meaning, without engaging in acrobatics or exaggeration.

[159] In this case, I note that the OPMC has engaged in some questionable mental gymnastics, unreasonably attempting to slot these parkades and indoor parking lots into one of the exceptions to the concept of federal property, and has, in so doing, disregarded the purpose of the PILT Act.

#### iv. Public highways

[160] Paragraph 2(3)(g) of the PILT Act states that public highways are excluded from the definition of *federal property*:

##### Definitions

2 ...

...

##### Property not included in the definition *federal property*

(3) ...

...

**g)** any real property or immovable developed or used as a public highway that, in the opinion of the Minister, does not provide, as its primary function, immediate access to real property or immovables owned by Her Majesty in right of Canada; [Emphasis added.]

[161] The OPMC is claiming this exclusion for the numerous roads on its site by classifying them as public highways within the meaning of paragraph 2(3)(g) of the PILT Act. As is the case for the parks, this exclusion, which applies to “real property or immovables”, includes the underlying land and the property attached to it.

[158] Il convient de rappeler ici que la LPRI doit être interprétée selon son objet, soit « l’administration juste et équitable des paiements versés en remplacement d’impôts » (article 2.1 de la LPRI). L’interprète ne doit pas être en quête d’exclusions à tout prix dans le but de minimiser les versements des PERI. Il ne doit pas être à la recherche d’« ambiguïtés », de « failles » ou de « doubles sens » afin de maximiser les exclusions (ou, au contraire, de les minimiser). La mission de l’interprète est de rechercher une interprétation juste et équitable des textes selon leur sens usuel et commun, sans acrobatie ou exagération.

[159] En l’occurrence, je constate que la SVPM s’est livrée à une périlleuse gymnastique intellectuelle pour essayer de rattacher d’une façon déraisonnable ces stationnements intérieurs ou étagés à une des exceptions de la notion de propriété fédérale, et semble avoir fait abstraction de l’objet de la LPRI.

#### iv. Les voies publiques

[160] L’alinéa 2(3)g) de la LPRI prévoit qu’elles sont exclues de la définition de *propriété fédérale* :

##### Définitions

2 [...]

[...]

##### Exclusions : propriété fédérale

(3) [...]

**g)** les immeubles et les biens réels aménagés ou utilisés comme voies publiques et n’ayant pas, selon le ministre, pour fonction première de permettre l’accès direct à un immeuble ou à un bien réel appartenant à Sa Majesté du chef du Canada; [Je souligne.]

[161] La SVPM invoque cette exclusion pour les nombreuses routes se trouvant sur son site en les qualifiant de voies publiques au sens de l’alinéa 2(3)g) de la LPRI. On doit noter que comme pour les parcs, cette exclusion, puisqu’elle vise les « immeubles et les biens réels », inclut le fond du terrain et les biens qui s’y greffent.

[162] The OPMC initially claimed this exemption for the southern part of De la Commune Street, but without ever providing justification. When questioned about this at the hearing, the OPMC decided to drop this claim.

[163] Accordingly, the public highways still at issue are the Clock Tower Quay entrance, the Bonsecours Basin entrance, the Jacques Cartier Quay entrance, the King Edward Quay entrance, the Old Port Promenade and the Promenade des Artistes, the Clock Tower Basin and Clock Tower Quay street, the Port Road, the Alexandra Quay entrance, King Edward Quay Street and the Saint-Pierre entrance.

[164] According to the City, apart from the Port Road, not one of these other highways provides access to any private property whatsoever located outside of the federal property; they therefore do not meet the requirements of paragraph 2(3)(g) of the PILT Act. However, it concedes that while the public highways in question are covered by the concept of federal property, the paving of these highways should nevertheless be excluded pursuant to Schedule II, item 11; paragraph 2(3)(b) of the PILT Act, which refers to Schedule II, does not include “real property or immovables”, so this paving exception to federal property does not include the underlying land.

[165] To defend its decision, the OPMC argues that these highways provide access to several businesses leasing space on the Old Port site as concession holders, such as gift and clothing boutiques, food stands, and cruise ship or tour boat operators. The OPMC notes that these lessees are deemed “owners” of the parts of the Old Port site that they lease within the meaning of sections 204 and 208 of the *Act respecting municipal taxation*, CQLR, c. F-2.1 (AMT), and that they are therefore liable for any property taxes owing on those parts. The public highways at issue are therefore necessary to provide these “owners” with access, bringing these roads within the exclusion set out at paragraph 2(3)(g) of the PILT Act.

[166] The OPMC is relying in part of the decision in *MPA 2010*, which states that the actual tax situation in the

[162] Initialement, la SVPM revendiquait cette exemption pour la portion sud de la rue de la Commune; cependant, elle n’a jamais explicité son argument. Lorsqu’elle fut questionnée à ce sujet lors de l’audience, la SVPM a plutôt décidé de renoncer à l’exclusion de cette route.

[163] En conséquence, les voies publiques en question à ce stade sont l’entrée du Quai de l’Horloge, l’entrée du Bassin Bonsecours, l’entrée du Quai Jacques-Cartier, l’entrée du Quai King-Edward, la promenade du Vieux-Port et la promenade des Artistes, la rue du Bassin de l’Horloge et du Quai de l’Horloge, la route du Port, l’entrée du Quai Alexandra, le chemin central du Quai King-Edward et l’entrée Saint-Pierre.

[164] Selon la Ville, à part la route du Port, aucune de ces autres voies ne donne accès à quelque propriété privée que ce soit située à l’extérieur de la propriété fédérale; elles ne répondent donc pas aux exigences de l’alinéa 2(3)g) de la LPRI. Cependant, elle concède que quoique les voies publiques en cause étaient visées par la notion de propriété fédérale, le pavement de ces voies devrait quand même être exclu suivant le point 11 de l’annexe II; l’alinéa 2(3)b) de la LPRI qui fait référence à l’annexe II n’inclut pas les « immeubles et les biens réels », et donc cette exception à la propriété fédérale de pavement n’inclut pas le terrain sous-jacent.

[165] Pour défendre sa décision, la SVPM fait valoir que ces voies permettent l’accès à plusieurs commerces louant un espace sur le site du Vieux-Port comme concessionnaires, soit des boutiques de cadeaux et de vêtements, des kiosques de nourriture, et des bateaux de croisières ou d’expéditions. La SVPM souligne que ces locataires sont réputés être « propriétaires » des parties du site du Vieux-Port qui leur sont louées au sens des articles 204 et 208 de la *Loi sur la fiscalité municipale*, RLRQ, ch. F-2.1 (LFM), et que c’est donc à eux qu’il revient de payer les taxes foncières qui s’y rapportent. Les voies publiques en cause seraient nécessaires pour permettre l’accès à ces « propriétaires », ce qui ferait tomber ces voies sous l’exclusion de l’alinéa 2(3)g) de la LPRI.

[166] La SVPM s’appuie notamment sur la jurisprudence *APM 2010*, qui enseigne qu’on doit tenir compte

place where the federal property is located must be taken into account in the calculation of PILTs. In the case at hand, the OPMC submits that, according to section 208 of the AMT, these lessees or occupants are deemed to be owners, so if these public highways did not exist, the public would not be able to access these spaces characterized by the OPMC as “private property”.

[167] Sections 204 and 208 of the AMT read as follows:

**204.** The following are exempt from all municipal or school property taxes:

(1) an immovable included in a unit of assessment entered on the roll in the name of the State or of the Société québécoise des infrastructures;

(1.1) an immovable included in a unit of assessment entered on the roll in the name of the Crown in right of Canada or a mandatary thereof;

...

**208.** Where an immovable that is not taxable under paragraph 1 or 1.1 of section 204 is occupied by a person other than a person referred to in that section or a corporation that is a mandatary of the State, unless its owner is the Société québécoise des infrastructures, the property taxes to which that immovable would be subject without that exemption are levied on the lessee or, if there is no lessee, on the occupant, and are payable by the lessee or occupant. However, that rule does not apply in the case of an immovable referred to in paragraph 1.1 of section 204 where, according to the legislation of the Parliament of Canada relating to subsidies to municipalities that are to stand in lieu of property taxes, and according to the instruments made under that legislation, such a subsidy is paid in respect of the immovable notwithstanding its being occupied as described in this paragraph. [Emphasis added.]

[168] First, it is clear from the provision itself that this rule is inapplicable to PILTs.

[169] It is equally clear that the AMT provisions cited by the OPMC do not grant ownership in an immovable to the merchants: instead, they create a legal fiction for tax purposes specific to that statute. Legally, the ownership of the leased sites remains with the OPMC. The fact that the roads at issue provide access to lessees located

du régime fiscal particulier au lieu où se trouve la propriété fédérale lors du calcul des PERI. En l’espèce, la SVPM soutient que, selon l’article 208 de la LFM, ces locataires ou ces occupants sont réputés être propriétaires et donc s’il n’y avait pas ces voies publiques, le public ne pourrait pas avoir accès à ces espaces que la SVPM qualifie de « propriété privée ».

[167] Les articles 204 et 208 de la LFM disposent :

**204.** Sont exempts de toute taxe foncière, municipale ou scolaire :

1° un immeuble compris dans une unité d’évaluation inscrite au nom de l’État ou de la Société québécoise des infrastructures;

1.1° un immeuble compris dans une unité d’évaluation inscrite au nom de la Couronne du chef du Canada ou d’un mandataire de celle-ci;

[...]

**208.** Lorsqu’un immeuble non imposable en vertu du paragraphe 1 ou 1.1 de l’article 204 est occupé par un autre qu’une personne mentionnée à cet article ou qu’une société qui est mandataire de l’État, sauf si son propriétaire est la Société québécoise des infrastructures, les taxes foncières auxquelles cet immeuble serait assujéti sans cette exemption sont imposées au locataire ou, à défaut, à l’occupant, et sont payables par lui. Toutefois, cette règle ne s’applique pas dans le cas d’un immeuble visé au paragraphe 1.1 de l’article 204 lorsque, suivant la législation du Parlement du Canada relative aux subventions aux municipalités pour tenir lieu des taxes foncières et selon les actes pris en vertu de cette législation, une telle subvention est versée à l’égard de l’immeuble malgré l’occupation visée au présent alinéa dont il fait l’objet. [Je souligne.]

[168] Tout d’abord, il ressort clairement de la disposition elle-même que la règle ne joue pas en matière de PERI.

[169] De plus, il est évident que les dispositions de la LFM citées par la SVPM n’attribuent pas la propriété d’un immeuble aux commerçants : elles créent plutôt une fiction juridique aux fins fiscales propres à cette loi. Juridiquement, la propriété des sites loués demeure celle de la SVPM. Le fait que les routes en cause donnent

on the Old Port site simply confirms that these roads really give access to property “owned” by the OPMC.

[170] In any case, I cannot accept the OPMC’s arguments regarding the applicability of the decision in *MPA 2010*. That Supreme Court decision involved a situation in which the Crown corporation was calculating PILTs on the basis of a tax rate that had been in effect at the time but that had subsequently been abolished by the taxing authority. The Supreme Court observed that, although the definition of “effective rate” recognized that Crown corporations have to decide on the appropriate tax rate, they cannot base their PILT calculations on a fictitious tax system that they themselves have created arbitrarily.

[171] As stated above, I accept the idea that the OPMC is deemed to be a private owner under the PILT system, but this is for the purpose of calculating the effective rate of tax and the value of its property, not for the purpose of determining what property is compensable or what is to be included in the property base (*MPA 2010*, at paragraph 40). The PILT Act is a complete code that determines what property is included in or excluded from the concept of federal property and therefore which are subject to PILTs, and nowhere in *MPA 2010* does it state that the existing tax system may be used to interpret, qualify or amend the exceptions to the concept of federal property set out in the PILT Act.

[172] The only public highway with respect to which I am inclined to agree with the OPMC is the Port Road. It is true that this road gives access to the Clock Tower Quay and to outdoor parking lots owned by the OPMC, but it is the sole road giving access to a complex of private residential condominiums west of the Old Port site—these condominiums are not on the Old Port site and their construction was completed before 2014. Moreover, if one were to continue moving west along the Port Road, one would reach the access gate to the Port of Montréal. I have used that road myself many times to reach the Port of Montréal.

accès à des locataires se trouvant sur le site du Vieux-Port ne fait que confirmer que ces routes donnent en réalité accès à la propriété « appartenant » à la SVPM.

[170] De toute manière, je ne peux retenir les arguments de la SVPM quant à l’application de la jurisprudence *APM 2010*. Cet arrêt de la Cour suprême portait sur une situation où la société d’État calculait le PERI sur la base d’un taux d’imposition qui avait été en vigueur à l’époque mais qui avait été aboli par l’autorité taxatrice. La Cour suprême a observé que, bien que la définition du « taux effectif » reconnaît que les sociétés d’État doivent prendre une décision quant au taux d’imposition approprié, elles ne peuvent fonder leurs calculs de PERI sur un régime fiscal fictif, qu’elles créeraient arbitrairement.

[171] Comme je l’ai déjà signalé, je retiens l’idée que la SVPM est réputée être une propriétaire privée pour les PERI, mais ceci vaut pour le taux effectif et la valeur effective applicable à ses biens, pas quant à la question de savoir quels biens sont compensables ou ce qui compose son assiette fiscale (*APM 2010*, au paragraphe 40). La LPRI est un code complet qui détermine quels biens sont inclus et lesquels sont exclus de la notion de propriété fédérale et donc des PERI, et il n’est dit nulle part dans l’arrêt *APM 2010* que le régime fiscal existant peut être utilisé pour interpréter, qualifier ou modifier les exceptions de la notion de propriété fédérale prévue par la LPRI.

[172] La seule voie publique pour laquelle je suis disposé à donner raison à la SVPM est la route du Port. Il est vrai que cette route donne accès au Quai de l’Horloge ainsi qu’à des stationnements extérieurs de la route du Port appartenant à la SVPM, mais il s’agit de la seule route donnant accès à un complexe de condominiums résidentiels privés à l’ouest du site du Vieux-Port — les condominiums ne sont pas sur le site du Vieux-Port et leur construction a été complétée avant 2014. De plus, et si l’on continue vers l’ouest le long de la route du Port passé le complexe de condominiums, on arrive directement à la barrière d’accès du port de Montréal. J’ai moi-même souvent utilisé cette entrée et cette route pour accéder au port de Montréal dans le passé.

[173] However, automatically excluding a federal highway from the PILT base simply because it also provides access to private property seems to me to be contrary to the intent of the PILT Act and to the text of paragraph 2(3)(g) itself. In applying this provision, one must look to the primary purpose of the highway in question; it is not enough to simply equate access to private properties with exclusion. Paragraph 2(3)(g) of the PILT Act provides that public highways are to be classified as federal property if their primary function is to provide immediate access to real property or immovables owned by the Crown. For example, a network of roads within a federal property giving access to the site's various attractions and buildings would not fall within the paragraph 2(3)(g) exclusion. The Trans-Canada Highway, on the other hand, which simply crosses through federal properties and does not have as its primary function the provision of immediate access to properties of the Crown, would be captured by the exclusion.

[174] In this case, there is no evidence that the Port Road's primary function is to provide immediate access to the Old Port site, so the City has not persuaded me that the OPMC's exercise of discretionary power and its determination with regard to this issue were unreasonable.

[175] Accordingly, apart from the Port Road, I do not find that the exclusions claimed in this case by the City are reasonable. I confirm, however, that it was not unreasonable for the OPMC to have excluded the paving of the public highways at issue pursuant to Schedule II, item 11.

(b) *Conclusion on exclusions*

[176] It is certain that the decision to make PILTs remains with the OPMC; it is the OPMC's discretionary power that is exercised in the final determination of such payments. However, this power is not absolute, and, although in this case the OPMC did not go beyond the scope of the PILT Act, its interpretation of most of the exceptions to the definition of federal property amount to an unreasonable exercise of this power.

[173] Toutefois, l'exclusion automatique d'une voie fédérale de l'assiette des PERI du simple fait qu'elle donne aussi accès à des propriétés privées me semble contraire à l'esprit de la LPRI et au texte de l'alinéa 2(3)g) lui-même. La détermination imposée par ce texte appelle une recherche de l'objet premier de la voie en cause et ne se limite pas à la simple équation : accès à des propriétés privées, donc exclusion. En effet, l'alinéa 2(3)g) de la LPRI dispose que les voies publiques doivent être qualifiées de propriété fédérale dans les cas où elles ont comme fonction première de permettre l'accès direct à des propriétés de la Couronne. Par exemple, un réseau de routes au sein d'une propriété fédérale donnant accès aux différents attraits et bâtiments de ce site ne tomberait pas sous le coup de l'exclusion de l'alinéa 2(3)g). D'un autre côté, l'autoroute transcanadienne, par exemple, qui ne fait que traverser des propriétés fédérales et qui n'a pas comme fonction première de permettre l'accès direct à des propriétés de la Couronne, tomberait sous le coup de cette exclusion.

[174] En l'espèce, il ne ressort pas de la preuve que la fonction première de la route du Port est de permettre l'accès direct au site de Vieux-Port, et ainsi la Ville ne m'a pas convaincu que l'exercice du pouvoir discrétionnaire et la détermination de la SVPM sur cette question étaient déraisonnables.

[175] En conséquence, hormis la route du Port, je ne crois pas que les exclusions revendiquées en l'espèce par la Ville soient raisonnables. Je confirme, cependant, qu'il n'était pas déraisonnable de la part de la SVPM d'avoir exclu le pavement des voies publiques en question suivant le point 11 de l'annexe II.

b) *Conclusion sur les exclusions*

[176] Il ne fait aucun doute que la décision de verser des PERI demeure celle de la SVPM; c'est son pouvoir discrétionnaire qui est exercé dans la détermination finale de ces paiements. Cependant, ce pouvoir n'est pas absolu et, bien qu'il ne s'agisse pas d'un cas où la SVPM est allée au-delà de la portée de la LPRI, l'interprétation qu'elle a donnée à la plupart des exceptions à la définition de la propriété fédérale équivaut à un exercice déraisonnable de ce pouvoir.

[177] According to the City, there are several discrepancies between the interpretation given to the exceptions to the concept of federal property by PWGSC, which is responsible for administering the PILT program across the entire country, and by the OPMC, which administers it locally in the Old Port of Montréal. This would indicate that OPMC has no particular expertise, and in fact is not seeking an interpretation that is reasonable or fair and equitable to the City, but rather is seeking to benefit from as many exclusions as possible in its interpretation of the term “federal property”.

[178] For my part, although I have been puzzled by some of the exceptions invoked by the OPMC, I am not prepared to impute to it any ulterior motives in the exercise of its discretion. As all parties have made clear, there is little case law on how to interpret many of the exceptions to what constitutes federal property in the PILT Act. There has also been some changing of the guard at the OPMC, perhaps with more ambitious site development plans than those of PWGSC and thus more reason to question whether the more traditional interpretation of the PILT Act should continue to be followed.

[179] However, when the OPMC rendered its decision, other than for the Port Road, the Jacques Cartier Quay’s elevated walkway and the Old Port Promenade and the Promenade des Artistes, it respected neither the principles of statutory interpretation applicable to the PILT Act nor the intent of Parliament. Accordingly, it exercised its discretionary power unreasonably. To borrow the words of Justice LeBel, and setting aside the above-mentioned exceptions, the OPMC’s proposed interpretation “is not consistent with the words of the statute, with Parliament’s intention or with any of the ordinary meanings of the words used in Schedule II to the *PILT Act*. It must therefore be concluded that the MPA’s interpretation is unreasonable” (*MPA 2010*, at paragraph 48).

2. Are the OPMC’s parking lots subject to the Parking Lot By-law?

[180] The Parking Lot By-law was adopted pursuant to a power previously contained in section 151.8 of

[177] La Ville indique qu’il y a de nombreuses divergences entre l’interprétation donnée aux exceptions à la notion de propriété fédérale par le TPSGC qui est chargé de l’administration du programme des PERI d’un océan à l’autre, et la SVPM qui l’administre localement dans le Vieux-Port de Montréal. Ceci témoignerait du fait que la SVPM ne possède pas d’expertise particulière, et en fait, qu’elle ne cherche pas une interprétation raisonnable ou juste et équitable envers la Ville, mais plutôt à tirer un maximum d’exclusions dans son interprétation de l’expression « propriété fédérale ».

[178] Pour ma part, et bien que certaines des exceptions invoquées par la SVPM m’aient rendu fort perplexe, je ne suis pas disposé à lui imputer des arrière-pensées quant à l’exercice de son pouvoir discrétionnaire. Comme l’ont clairement signalé toutes les parties, il existe peu de jurisprudence concernant l’interprétation de nombreuses exceptions à la propriété fédérale dans la LPRI. Il y a également eu un certain changement de garde du côté de la SVPM, avec des plans de développement du site peut-être plus ambitieux que ceux du TPSGC et donc plus de raisons de se demander si l’interprétation plus traditionnelle de la LPRI devait continuer à être suivie.

[179] Cependant, lorsque la SVPM a pris sa décision, et à part la route du Port, la passerelle surélevée du Quai Jacques-Cartier et la Promenade du Vieux-Port et Promenade des Artistes, elle n’a pas respecté les principes d’interprétation du texte de la LPRI et l’intention du législateur. Il en résulte que son exercice de son pouvoir discrétionnaire a été déraisonnable. Si je peux reprendre les observations du juge LeBel, à part les quelques exceptions mentionnées ci-dessus, l’interprétation défendue par la SVPM « ne respecte ni le texte de la loi en cause, ni la volonté du législateur, ni aucun des sens ordinaires des mots utilisés à l’annexe II de la *LPRI*. Il faut donc conclure au caractère déraisonnable de cette interprétation » (*APM 2010*, au paragraphe 48).

2. Les stationnements de la SVPM sont-ils assujettis au Règlement sur les stationnements?

[180] Le Règlement sur les stationnements est un règlement qui a été adopté en vertu d’un pouvoir qui figurait

the City Charter, which has since been transferred section 500.1 of the *Cities and Towns Act*, CQLR, c. C-19. This by-law concerns a property tax specifically applicable to parking lots over and above the ordinary property tax, calculated according to the area with different rates for indoor and outdoor parking lots. Private parking lots owners in Montréal must pay their own property tax, plus the property tax for parking lots.

[181] The OPMC raises two separate grounds for the inapplicability of this by-law to its parking lots: the City does not have the authority to impose this tax on it, and its parking lots are not situated within the sectors to which this tax applies. I will address each of these arguments in detail.

(a) *Is the City authorized to levy this tax?*

[182] The OPMC is challenging the applicability of the Parking Lot By-law on the basis that, unlike the property tax imposed under sections 149 to 151.6 of the City Charter, a tax imposed under section 151.8, such as the parking lot property tax, is not applicable to persons covered by section 151.9 of the City Charter (applicable at the time), including the Crown in right of Canada and its agents. The OPMC therefore submits that it was not required to take this tax into account as it was not applicable to it.

[183] The City, on the other hand, argues that it does not impose the Parking Lot By-law on federal properties, but rather it imposes it on all parking lots as a general tax. Thus, and because the PILT Act creates the legal fiction that the federal Crown corporation must pay as if it were a taxable taxpayer, under that statute, the OPMC must be treated as if it were an individual owner, owning that land. The exclusion set out in section 151.9 of the City Charter is therefore inapplicable in this context, and, in any event, this exclusion adds nothing to the debate because it simply restates the basic tax immunity that is provided by section 125 of the Constitution.

à l'article 151.8 de la Charte de la Ville à l'époque, et qui a été transposé plus récemment à l'article 500.1 de la *Loi sur cités et villes*, RLRQ, ch. C-19. Ce règlement concerne une taxe foncière particulière aux parcs de stationnements en plus de la taxe foncière ordinaire, qui est calculée selon la superficie avec un taux différent s'il s'agit de stationnements intérieurs ou extérieurs. Chaque propriétaire privé de stationnements à Montréal doit payer sa taxe foncière, et la taxe foncière pour les parcs de stationnements.

[181] La SVPM soulève deux motifs distincts d'inapplicabilité de ce règlement à ses stationnements : la Ville n'est pas autorisée à lui imposer cette taxe et ses stationnements sont situés à l'extérieur des secteurs auxquels cette taxe s'applique. Je discuterai de chacun de ces arguments en détail.

a) *La Ville est-elle autorisée à imposer cette taxe?*

[182] La SVPM conteste l'applicabilité du Règlement sur les stationnements puisque, contrairement à la taxe foncière imposée en vertu des articles 149 à 151.6 de la Charte de la Ville, une taxe imposée en vertu de l'article 151.8, telle que la taxe foncière sur les parcs de stationnement, ne serait pas applicable aux personnes visées par l'article 151.9 de la Charte de la Ville (applicable à l'époque), dont la Couronne du chef du Canada et ses mandataires. La SVPM soutient donc qu'elle n'avait pas à prendre en compte cette taxe qui ne lui était pas applicable.

[183] En revanche, la Ville fait valoir qu'elle n'impose pas le Règlement sur les stationnements aux propriétés fédérales, mais plutôt qu'elle l'impose à tous parcs de stationnement à titre de taxe générale. Ainsi, et comme la LPRI crée la fiction juridique selon laquelle la société d'État fédérale doit payer comme si elle était un contribuable taxable, au regard de cette loi, il faut faire comme si la SVPM était un propriétaire particulier, propriétaire de ce terrain. Donc, dans ce contexte, l'exclusion de l'article 151.9 de la Charte de la Ville n'est pas applicable, et, de toute façon, cette exclusion n'apporte rien au débat puisqu'elle ne fait que reprendre l'immunité fiscale de base qui est prévue par l'article 125 de la Constitution.



[184] It is worth recalling here how PILTs are calculated under the PILT Act. Section 4 provides that the amount of the PILT is the product of the following two factors: the effective rate and the property value. The “effective rate” is defined in subsection 2(1) of the PILT Act as “the rate of real property tax or of frontage or area tax that, in the opinion of the Minister, would be applicable to any federal property if that property were taxable property”.

[185] In the case of parking lots, this rate includes the rate of the property tax set out in the Parking Lot By-law. The OPMC had to refer first to the provisions of the PILT Act and its regulations to determine what payments were due. This is not a case in which the City is imposing a tax on the OPMC. The provision in the provincial enabling legislation is not relevant to the determination of PILTs because the effective rate must be determined from the tax rates that would be applicable if the OPMC parking lots were privately owned and therefore taxable. Section 151.9 of the City Charter is only intended to affirm the Crown’s tax immunity.

[186] The Crown corporations involved in *MPA 2010* had refused to take into account the taxing authority’s tax reform, which resulted in an increased effective rate following the abolition of a commercial occupancy tax for which no tax was payable. In calculating their PILTs, the Crown corporations decided to deduct amounts equivalent to the portion of the property tax increase that resulted from the abolition of the business tax. The Supreme Court’s doctrine on this issue could not be clearer [at paragraphs 40–42]:

However, there is a fundamental flaw in this interpretation and application of the *PILT Act* and the *Regulations*. As I have indicated, the two corporations certainly have a discretion. It is clear from the definition of “effective rate” that Crown corporations have to decide on the appropriate tax rate. However, they cannot base their calculations on a fictitious tax system they themselves have created arbitrarily. On the contrary, those calculations must be based on the tax system that actually exists at the place where the property in question is located. The *PILT Act* and the *Regulations* require that the tax rate be calculated as if

[184] Il convient ici de rappeler la méthode de calcul des PERI aux termes de la LPRI. L’article 4 de cette loi dispose que le montant du PERI est égal au produit des deux facteurs suivants, soit d’une part le taux effectif, et d’autre part, la valeur effective. Le taux effectif est défini comme suit au paragraphe 2(1) de la LPRI : « Le taux de l’impôt foncier ou de l’impôt sur la façade ou sur la superficie qui, selon le ministre, serait applicable à une propriété fédérale si celle-ci était une propriété imposable. »

[185] Dans le cas des stationnements, ce taux inclut le taux de la taxe foncière suivant le Règlement sur les stationnements. La SVPM devait se référer d’abord aux dispositions de la LPRI et de ses règlements d’application pour connaître les paiements qui étaient exigibles. Il ne s’agit pas d’un cas où la Ville impose une taxe à la SVPM. La disposition de la loi habilitante provinciale n’est pas pertinente quant à la détermination des PERI puisque le taux effectif doit être déterminé à partir des taux de taxation qui seraient applicables si les stationnements de la SVPM appartenaient à un propriétaire privé et étaient ainsi imposables. L’article 151.9 de la Charte de la Ville ne vise qu’à affirmer l’indemnité fiscale de la Couronne.

[186] En ce qui concerne l’affaire *APM 2010*, les sociétés d’État en cause avaient refusé de prendre en compte la réforme fiscale de l’autorité taxatrice qui leur imposait un taux effectif plus élevé suite à l’abolition d’une taxe d’occupation commerciale pour laquelle aucune taxe n’était payable. Dans leur calcul de PERI, les sociétés d’État ont décidé de déduire des sommes équivalant à la part de l’augmentation des taxes foncières qui aurait résulté de la suppression de la taxe d’affaires. La doctrine de la Cour suprême sur cette question ne pourrait être plus claire [aux paragraphes 40–42] :

Cette interprétation et cette application de la *LPRI* et du *Règlement* sont toutefois entachées d’un vice fondamental. Je le répète, les deux sociétés possèdent certes un pouvoir discrétionnaire. En effet, la définition du « taux effectif » d’imposition reconnaît que les sociétés de la Couronne doivent prendre une décision quant au taux d’imposition approprié. Cependant, elles ne peuvent baser leurs calculs sur un système fiscal fictif, qu’elles créeraient arbitrairement. Au contraire, ces calculs doivent être effectués au regard du régime fiscal qui existe réellement à l’endroit où sont situés les biens en cause. La

the federal property were taxable property belonging to a private owner. In s. 2 of the *Regulations* and the corresponding provision of the *PILT Act*, it is assumed that the corporations begin by identifying the tax system that applies to taxable property in the municipality in order to establish the property value and effective rate of tax. They cannot do so on the basis of a system that no longer exists.

In these appeals, the relevant tax system is well established. The business occupancy tax had been abolished in 2003. Under Quebec municipal legislation, municipalities had the power to impose variable-rate property taxes. The City exercised that power. The respondents therefore had to calculate their effective rates having regard to the fact that the business occupancy tax no longer existed. They could not reintroduce that tax in their calculations for an indefinite period of time or indirectly force the municipality to maintain a tax system it had changed as it was authorized to do under provincial law. Indeed, the respondents' position would in practice mean that they would, in establishing the amounts of their PILTs, be entitled — not only now, but also 10 or 20 years from now — to make increasingly complex and illusory theoretical calculations based on taxes that had long since disappeared.

The respondents' position is also contrary to the objective of the *PILT Act* and the *Regulations*. Parliament intended Crown corporations and managers of federal property to make payments in lieu on the basis of the existing tax system in each municipality, to the extent possible as if they were required to pay tax as owners or occupants. [Emphasis added.]

[187] As in the case above, not including the tax provided for by the Parking Lot By-law in the PILT calculation amounts to creating a fictitious tax system, which would be inequitable with respect to the other taxpayers. I cannot accept this solution. The issue here is whether it was reasonable for the OPMC to conclude that if the parking areas had belonged to a private owner and been taxable, the tax rate applicable to them would have excluded the tax imposed by the Parking Lot By-law. In my view, the response to this question must be negative.

*LPRI* et le *Règlement* prévoient que le calcul du taux d'imposition se fait comme si la propriété fédérale était une propriété imposable entre les mains d'un propriétaire privé. L'article 2 du *Règlement* ainsi que la disposition correspondante de la *LPRI* supposent que les sociétés recherchent d'abord le régime fiscal applicable aux propriétés imposables dans la municipalité pour déterminer les valeurs et les taux effectifs d'imposition. Leur travail ne saurait s'effectuer à partir d'un régime qui n'existerait plus.

Dans les présents pourvois, le régime fiscal pertinent est bien établi. La taxe d'occupation commerciale avait été abolie en 2003. La législation municipale du Québec accordait aux municipalités le pouvoir d'imposer des taxes foncières à taux variables. La Ville avait utilisé ce pouvoir. Les intimées devaient en conséquence calculer leurs taux effectifs d'imposition en tenant compte du fait que la taxe d'occupation commerciale n'existait plus. Elles ne pouvaient pas la réintroduire dans leurs calculs pendant une période indéterminée ni imposer indirectement à la municipalité le maintien d'un régime fiscal que celle-ci avait modifié, comme le lui permettait le droit provincial. D'ailleurs, la position des intimées signifierait en pratique que, pour établir le montant de leurs PRI, elles auraient le droit — non seulement aujourd'hui, mais également dans 10 ou 20 ans — de faire des calculs théoriques de plus en plus difficiles et illusoirs, fondés sur des taxes disparues depuis longtemps.

La position des intimées va en outre à l'encontre de l'objectif de la *LPRI* et du *Règlement*. Le Parlement entendait que les sociétés de la Couronne et les gestionnaires des biens fédéraux versent des paiements de remplacement eu égard au système fiscal en place dans chaque municipalité, autant que possible comme s'ils étaient des propriétaires ou des occupants imposables. [Je souligne.]

[187] Comme dans cette affaire, ne pas inclure le taux prévu par le Règlement sur les stationnements dans le calcul des PERI reviendrait à créer un régime fiscal fictif, ce qui résulterait en une iniquité envers les autres contribuables. Je ne peux retenir cette solution. La question à poser en l'espèce est celle de savoir s'il était raisonnable de la part de la SVPM de conclure que si les stationnements appartenaient à un propriétaire privé et étaient taxables, le taux de taxation applicable à ces lieux excluait la taxe imposée par le Règlement sur les stationnements. À mon avis, la réponse à cette question doit être négative.

[188] Section 3 of the PILT Act clearly sets out the terms applicable to PILTs. It allows for payments in lieu of any taxes applicable within the areas in which the federal properties at issue are situated. This was confirmed by the Supreme Court in *MPA 2010*, at paragraph 40, cited above: “those calculations must be based on the tax system that actually exists at the place where the property in question is located”. This is a territorial condition rather than a material or formal condition. The OPMC has not pointed to any wording in the PILT Act that limits PILTs on the basis of provisions in a provincial enabling statute. The issue of the territorial applicability of the by-law at issue is precisely the second ground of the OPMC’s challenge, which I will discuss shortly.

[189] Essentially, section 151.9 of the City Charter prohibits the imposition of a tax in respect of certain persons. In my view, it is only if the City imposes a tax on the OPMC that this section and section 125 of the Constitution are applicable. This is not a situation in which the City is imposing the Parking Lot By-law on the OPMC; the by-law must simply be taken into account when the OPMC exercises its discretion in calculating the annual PILT. If this by-law is ignored, the end result will be a fictitious tax rate for the PILTs, as not all the taxes making up the effective rate would be taken into account—a situation that was deemed unacceptable in *MPA 2010*. It is unreasonable to believe that the City imposed a tax on the OPMC through its PILT applications, as it is the PILT Act that governs this type of application (subsection 3(1) of the PILT Act).

[190] As we have already seen, subsection 204(1.1) of the AMT states that “an immovable included in a unit of assessment entered on the roll in the name of the Crown in right of Canada or a mandatary thereof” is “exempt from all municipal or school property taxes”. However, the OPMC is not challenging the applicability of all of the property taxes with respect to its properties. This is all the more revealing of the unreasonableness of its position.

[188] L’article 3 de la LPRI est clair quant aux conditions des paiements des PERI. Il permet les PERI pour toutes taxes applicables sur les lieux où se situent les propriétés fédérales en question. Ceci a été confirmé par la Cour suprême dans l’arrêt *APM 2010*, au paragraphe 40, que nous venons de citer : « ces calculs doivent être effectués au regard du régime fiscal qui existe réellement à l’endroit où sont situés les biens en cause ». Il s’agit d’une condition territoriale et non matérielle ou formelle. La SVPM ne cite aucun texte de la LPRI qui restreindrait les PERI en fonction de ce qui est prévu dans une loi habilitante provinciale. La question de l’applicabilité territoriale du règlement en cause est, précisément, le deuxième motif de contestation de la SVPM, motif dont je discuterai sous peu.

[189] Dans son essence, l’article 151.9 de la Charte de la Ville interdit l’imposition d’une taxe à certaines personnes déterminées. À mon avis, c’est seulement si la Ville impose une taxe à la SVPM que l’article 151.9, ainsi que l’article 125 de la Constitution, sont applicables. Il ne s’agit pas d’une situation où la Ville impose le Règlement sur les stationnements à la SVPM; seulement, ce règlement, doit être pris en considération lorsque la SVPM exerce son pouvoir discrétionnaire en matière de calcul du PERI annuel. En fait, si on ne tient pas compte de ce règlement, le résultat final sera un taux fictif pour le PERI, car toutes les taxes qui composent le taux effectif ne seront pas prises en compte — une situation qui a été jugée inacceptable dans l’arrêt *APM 2010*. Il est déraisonnable de penser que la Ville a imposé une taxe à la SVPM par ses demandes de PERI, puisque c’est la LPRI qui régit ce type de demande (paragraphe 3(1) de la LPRI).

[190] D’ailleurs, comme on a déjà vu, le paragraphe 1.1 de l’article 204 de la LFM prévoit que sont « exempts de toute taxe foncière, municipale ou scolaire [...] un immeuble compris dans une unité d’évaluation inscrite au nom de la Couronne du chef du Canada ou d’un mandatary de celle-ci ». Pourtant, la SVPM ne conteste pas l’applicabilité de toutes les taxes foncières à l’égard de ses propriétés. Ceci est d’autant plus révélateur du caractère déraisonnable de sa position.

(b) *Are the parking lots situated outside the areas in which this tax is applicable?*

[191] Article 11 of the Parking Lot By-law reads as follows:

**11.** A property tax on parking lots, at the rates shown below, is imposed and levied on and for any taxable immovable forming part of a unit assessment belonging to a category of non-residential immovables, entered on the property assessment roll, that contains a parking lot or part of such a lot, and that is situated in sector A, B or C.

[192] It is not in dispute between the parties that the Old Port site is part of the City's territory and that, in accordance with article 1 of the Parking Lot By-law and section 8 of the *Compendium of Tariffs of Private Transportation by Taxi*, R.R.Q., c. S-6.01, r. 4, the relevant territorial boundary of the area in question, namely Sector B, for the purposes of the Parking Lot By-law is "the St. Lawrence River". There is also no controversy as to the definition of the word "river" in this context, which is [TRANSLATION] "a major watercourse flowing into the ocean".

[193] However, according to the OPMC, it is indisputable that the Old Port's quays and piers are situated in the St. Lawrence River. Thus, King Edward Quay projects 380 metres over the riverbed, and Jacques Cartier Quay projects 344 metres over the riverbed. It points to a historical map from 1815 in support of its argument that the quays are situated in what was then the riverbed. The OPMC attaches great importance to the fact that boats can moor to its quays, further proving that that they are situated [TRANSLATION] "in the St. Lawrence River". Accordingly, because these parking lots are situated on cribwork quays situated in the river, the OPMC takes the position that its parking lots are outside the scope of the Parking Lot By-law.

[194] Accepting the OPMC's position would be tantamount to saying that all of the infilled land on what was once the St. Lawrence River is also "in the river". I can imagine the inevitable squabbles between taxi drivers and passengers over whether the airport fare remains

b) *Les stationnements sont-ils situés à l'extérieur des secteurs auxquels cette taxe s'applique?*

[191] L'article 11 du Règlement sur les stationnements prévoit :

**11.** Il est imposé et sera prélevé sur et à l'égard de tout immeuble imposable faisant partie d'une unité d'évaluation appartenant à la catégorie des immeubles non résidentiels, inscrit au rôle d'évaluation foncière, qui comporte un parc de stationnement ou une partie d'un tel parc, et qui est situé dans l'un des secteurs A, B ou C, une taxe foncière sur les parcs de stationnements au taux fixé ci-après.

[192] Il n'est pas controversé entre les parties que le site du Vieux-Port fait partie du territoire de la Ville, et que, conformément à l'article 1 du Règlement sur les stationnements et à l'article 8 du *Recueil des tarifs du transport privé par taxi*, R.R.Q., ch. S-6.01, r. 4, la limite territoriale pertinente du secteur en question, soit le secteur B, relative à l'application du Règlement sur les stationnements est « le fleuve Saint-Laurent ». Il n'y a pas non plus de controverse quant à la définition du mot « fleuve », soit un « cours d'eau important se déversant dans l'océan ».

[193] Cependant, selon la SVPM, il est incontestable que les quais et jetées du Vieux-Port sont situés dans le fleuve Saint-Laurent. Ainsi, le Quai King-Edward avance de 380 mètres dans le lit du fleuve et le Quai Jacques-Cartier avance de 344 mètres. Elle réfère à une carte historique de 1815 pour faire valoir que les quais se situent dans ce qui constituait à l'époque le lit du fleuve. La SVPM attache une grande importance au fait que des bateaux peuvent s'amarrer sur ses quais, ce qui prouverait d'autant plus qu'ils sont situés « dans le fleuve Saint-Laurent ». En conséquence, puisque ses stationnements sont situés sur des quais faits en caissons et situés dans le fleuve, la SVPM défend la position portant que ses stationnements sont hors du champ d'application du Règlement sur les stationnements.

[194] Retenir la position de la SVPM reviendrait à dire que l'ensemble des terrains remblayés se situant dans ce qui était auparavant le fleuve Saint-Laurent se situerait aussi « dans le fleuve ». Je peux imaginer les inévitables querelles entre les chauffeurs de taxi et les passagers

applicable between the entrance to the Old Port on De la Commune Street and the front doors of the IMAX theatre or to a car parked in one of parking lots on the Old Port site. This idea does not stand up to scrutiny.

[195] Presumably, the decision to designate the St. Lawrence River as a boundary to the application of the Parking Lot By-law was made in light of the geography of Montréal Island at the time the decision was made. In other words, it cannot seriously be argued that in defining this boundary the drafters had in mind the mapping of Montréal Island 200 years ago when the river reached De la Commune Street.

[196] While the OPMC also concedes that the Old Port site is part of the City's territory and that the City's boundaries extend to the middle of the river, it seems to me that the mere fact that the City defines the applicable territory of the Parking Lot By-law as being bounded by the river does not preclude what is built into the river in this case. For all intents and purposes, the City's territory has, with the development of what is now known as the Old Port site, extended into the river. The fact that this extension is composed of landfill with timber and cement cribs rather than earth landfill or other material is of no consequence.

[197] I would simply add in conclusion that just because the OPMC is unhappy with the imposition of a tax does not mean that it should be exempted (*Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at paragraphs 4 and 19).

[198] The OPMC's decision with respect to this issue was therefore unreasonable.

### 3. Is the OPMC's land situated in deep water?

[199] There is no doubt that at the beginning of the 19th century, most, if not all, of the area of what is today the Old Port site was made up of water, as the St. Lawrence River reached as far as De la Commune Street. It is true that the area we know today as the Old Port site was built up over the years by the use of landfill to widen the south

pour savoir si le tarif aéroportuaire s'applique toujours au trajet entre l'entrée du Vieux Port sur la rue de la Commune et la porte d'entrée du théâtre IMAX ou sa voiture garée dans l'un des stationnements sur le site du Vieux-Port. Cette conception ne peut tenir la route.

[195] On peut présumer que la décision de limiter l'application du Règlement sur les stationnements au fleuve Saint-Laurent a été prise en fonction de la géographie de l'île de Montréal au moment où cette décision a été rendue. Autrement dit, on ne peut pas sérieusement soutenir qu'en énonçant cette limite, les rédacteurs avaient en tête la cartographie de l'île de Montréal d'il y a 200 ans lorsque le fleuve arrivait jusqu'à la rue de la Commune.

[196] Quoique la SVPM concède également que le site du Vieux-Port fait partie du territoire de la Ville et que les limites de la Ville vont au milieu du fleuve, il me semble que le simple fait que la Ville définisse le territoire applicable du Règlement sur les stationnements comme étant le fleuve n'exclut pas ce qui est construit dans le fleuve en l'espèce. À toutes fins utiles, le territoire de la Ville s'est, avec le développement de ce qui est connu aujourd'hui comme le site du Vieux-Port, étendu dans le fleuve. Le fait que ce prolongement soit composé de remblai avec des caissons de bois et de ciment plutôt que du remblai de terre ou autre matériel est sans conséquence.

[197] J'ajouterais tout simplement pour conclure sur ce point que ce n'est pas parce que la SVPM est mécontente de l'imposition d'une taxe qu'elle doit en être exempte (*Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, aux paragraphes 4 et 19).

[198] La décision de la SVPM sur cette question était donc déraisonnable.

### 3. Les terrains de la SVPM sont-ils situés en eau profonde?

[199] Il ne fait aucun doute qu'au début du XIX<sup>e</sup> siècle, la majeure partie, sinon la totalité, de la superficie de ce qui constitue aujourd'hui le site du Vieux-Port était constituée d'eau, car le fleuve Saint-Laurent arrivait jusqu'à la rue de la Commune. Il est vrai que l'espace qu'on connaît aujourd'hui comme étant le site du Vieux-Port a été érigé

side of De la Commune Street into the St. Lawrence River and by the construction of quays with cribwork and cement pillars that extend even further into the river to allow for the loading and unloading of ships. The City argues that this is not unlike much of its expansion by means of dry materials and landfill on the riverfront, such as parts of Griffintown, as well as Notre-Dame Island [Île Notre-Dame] and the 1967 expansion of Saint-Helen's Island [Île Sainte-Hélène].

[200] No one doubts today that with this accession and emergence of land, these areas of the City that have wondrously materialized from the St. Lawrence River are now dry land subject to property tax. The City argues that the Old Port site is no different and, therefore, for the purposes of the PILT Act, the area of the Old Port site must be recognized as federal property consisting of dry land and subject to the City's zoning by-law.

[201] I have already found that for the purposes of calculating the applicable PILT, the nature of the landfill that allowed for the extension of the City's territory is of no consequence with respect to the application of municipal taxes.

[202] The OPMC argues that its lands should be assessed as deep-water lands and not as dry land. In fact, the City's property roll assessments are only for the value of the buildings and the value of the land. According to the OPMC, it is the value of the river bottom on which the cribs are embedded, and not the surface of the quays, that should be assessed for property tax purposes.

[203] The origins of the OPMC's deep water theory are somewhat mysterious. The act of acquisition of the Old Port site by the OPMC from Her Majesty the Queen in right of Canada refers in the designations to [TRANSLATION] "Land" sold with [TRANSLATION] "all its improvements, buildings, accessories and dependencies". The sole mention of a [TRANSLATION] "lot in deep water" is in the 1870 definition of the origin of the right of ownership for one of the ten lots that presently constitute the Old

au fil des années par l'utilisation du remblai pour élargir le sud de la rue de la Commune dans le fleuve Saint-Laurent et par la construction des quais avec des caissons et des piliers de ciment qui s'étendent plus loin encore dans le fleuve permettant le chargement et le déchargement des navires. Or, la Ville soutient que cela n'est pas différent d'une grande partie de l'expansion de la Ville au moyen de remblais et de matériaux secs sur le bord du fleuve, comme des parties de Griffintown, ainsi que l'île Notre-Dame et l'expansion de l'île Sainte-Hélène en 1967.

[200] Personne ne doute aujourd'hui que cette accession et émergence de terrain, soit des régions de la Ville qui ont admirablement surgi du fleuve Saint-Laurent, sont aujourd'hui des terrains de terre ferme assujettis à la taxe foncière. La Ville soutient que le site du Vieux-Port n'est pas différent et, qu'alors, aux fins de la LPRI, il faut reconnaître la superficie du site du Vieux-Port comme une propriété fédérale constituée de terre ferme et visée par le règlement de zonage de la Ville.

[201] J'ai déjà constaté qu'aux fins du calcul du PERI applicable, la nature du remblai ayant permis le prolongement du territoire de la Ville est sans conséquence en ce qui concerne l'application des taxes municipales.

[202] Pour sa part, la SVPM soutient que ses terrains doivent être évalués comme des terrains situés en eau profonde et non pas comme des terrains de terre ferme. En fait, les évaluations au rôle foncier de la Ville ne visent que la valeur des bâtiments et la valeur des terrains. Selon la SVPM, c'est la valeur du fond du fleuve sur lequel les caissons sont encastrés, et non la surface des quais, qui doit faire l'objet de l'évaluation aux fins de la taxe foncière.

[203] Les origines de la théorie des eaux profondes de la SVPM sont quelque peu mystérieuses. L'acte d'acquisition du site du Vieux-Port par la SVPM des mains de Sa Majesté la Reine du Chef du Canada fait d'ailleurs référence dans les désignations à des « Terrains » qui sont vendus avec « toutes les améliorations, bâtiments, circonstances et dépendances ». La seule mention de « lot en eau profonde » se trouve dans la définition de l'origine du droit de propriété qui date de 1870 pour un des dix lots

Port site, [TRANSLATION] “described as a lot in deep water in the plan and book of reference”. According to cadastral plan number PC-13516, this [TRANSLATION] “lot in deep water” from 1870 is currently dry land making up part of the OPMC’s property and is not on the riverbed. I assume that the portion of the river that ran along the shoreline has been consumed over time by landfill.

[204] The City argues that the fact that a very old map might show that portions of the land were once in a watercourse, which has since been filled in, does not change the fact that the land in its present state is dry land. I agree.

[205] For property assessment purposes, the condition of the assessment unit on the date of reference must be taken into account (section 46 of the AMT). In this case, given the manner in which the unit is constituted, for property tax assessment purposes, each of the quays making up the Old Port site is used for commercial or parking purposes. The City does not distinguish between surfaces composed solely of landfill and surfaces supported by cribwork—posts made of timber, concrete or steel that serve as exterior perimeter walls rising from the riverbed out of the water—filled with landfill and covered with a layer of asphalt, but excluding the paving.

[206] The OPMC points to a lease for a [TRANSLATION] “lot in deep water”, a lot in the Quebec cadastre that is described as [TRANSLATION] “riverbed of the St. Lawrence River”. However, the plan of this water lot shows the waters of the river forming the outline of the footprint of the Old Port property—the boundary between dry land and water—without encroaching on the footprint itself, but that is not part of the debate in this case. The Alexandra, King Edward and Jacques Cartier basins are owned by the Port of Montréal, and although the Jacques Cartier Basin was leased to the OPMC by the Port of Montréal during all the years covered by the PILT applications at issue, the basins do not appear on the City’s property assessment roll as far as the OPMC is concerned and have never been the subject of a PILT application.

qui constituent aujourd’hui le site du Vieux-Port, « décrit comme un lot en eau profonde aux plan et livre de renvoi ». D’après le plan cadastral numéro PC-13516, ce fameux « lot en eau profonde » en 1870 est aujourd’hui une terre ferme faisant partie de la propriété de la SVPM et non dans le lit du fleuve. Je suppose que la partie du fleuve qui faisait le long du rivage a été consommée au fil du temps par le remblai.

[204] D’après la Ville, le fait qu’une carte très ancienne puisse démontrer que certaines portions de terrains se trouvaient jadis dans un cours d’eau, qui a depuis fait l’objet de remblai, ne change rien au fait que dans son état actuel ce terrain est constitué de terre ferme. J’abonde dans le même sens.

[205] Aux fins d’évaluation foncière, il faut tenir compte de l’état de l’unité d’évaluation tel qu’il se trouve à la date de référence (article 46 de la LFM). En l’espèce, vu la manière dont l’unité est constituée, aux fins de l’évaluation de la taxe foncière, chacun des quais composant le site du Vieux-Port est utilisé à des fins commerciales ou de stationnements. La Ville ne fait d’ailleurs aucune distinction entre les surfaces composées uniquement de remblai d’une part, et d’autre part les surfaces reposant sur des caissons — des poteaux soit en bois, ou soit en béton, ou soit en acier, qui servent de murs d’enceinte extérieurs s’élevant du lit de la rivière qui émerge de l’eau — rempli de remblai et recouvert d’une couche d’asphalte, mais excluant l’asphaltage.

[206] La SVPM me réfère à un bail d’un « lot en eau profonde », soit un lot du cadastre du Québec décrit comme « lit du fleuve Saint-Laurent ». Cependant, le plan de ce lot aquatique montre les eaux du fleuve qui forme le contour de l’empreinte de la propriété du Vieux-Port — la délimitation entre la terre ferme et l’eau — sans empiéter sur l’empreinte elle-même, mais qui ne fait pas partie du débat en l’espèce. Les bassins Alexandra, King-Edward et Jacques-Cartier sont les propriétés du port de Montréal et, quoique le bassin Jacques-Cartier est loué à la SVPM par le port de Montréal pour l’exploitation d’une marina pendant toutes les années visées par les demandes de PERI en l’espèce, les bassins ne sont pas reportés au rôle d’évaluation foncière de la Ville en ce qui concerne la SVPM et n’ont jamais fait l’objet de demande de PERI.

[207] The quays as structures have never been the subject of a PILT application by the City either, and their actual value does not take into account the building materials that comprise them. The issue, therefore, is whether the federal property on which the property tax—and thus the discretionary PILT determination by the OPMC—is calculated is the river bottom beneath the quays, or rather the elevated usable surface of the quays.

[208] According to the OPMC, its lots that are allegedly in deep water should be assessed on the basis of the area of the riverbed supporting the quays at a nominal value, or, in the alternative, at a much lower value than that determined by the City. In support of its position, the OPMC points out that the timber cribs on which the quays rest are not landfill and therefore do not constitute dry land. The OPMC also compares its land to other land situated in deep water, such as the Jacques Cartier Basin, which is adjacent to the Old Port site, and a quay located in Sorel-Tracy. The value attributed to these two lots is much lower than that attributed to the Old Port site.

[209] The OPMC argues that the issue of the assessment of the area occupied by its quays was treated by its evaluators as the value of the land underneath the quay, namely, the riverbed, because a quay built with cribbing requires maintenance, and if left unmaintained, it will eventually fall apart. Therefore, the evaluators determined the value of the quays on an income basis, and thus the value that the underlying land allows to be extracted from the quay built on top of it.

[210] First, this is an issue that goes to the heart of the property value of the OPMC's immovables. The objective in this case is not to determine the value to be placed on the underlying OPMC lands, but simply to determine whether those lands are located on or under the quays for assessment purposes, as the City intends to refer any residual disputes about the assessment of the OPMC property to the PILT Dispute Advisory Panel established pursuant to section 11.1 of the PILT Act.

[207] Les quais en tant qu'ouvrages n'ont jamais fait l'objet d'une demande de PERI de la part de la Ville non plus, et leur valeur effective ne tient pas compte des matériaux de construction qui les composent. Il s'agit donc de déterminer si la propriété fédérale sur laquelle est calculée la taxe foncière — et donc la détermination discrétionnaire de PERI par la SVPM — est le fond du fleuve situé sous les quais ou plutôt la surface exploitable surélevée des quais.

[208] Selon la SVPM, ses lots prétendument en eau profonde doivent être évalués en fonction de la superficie du lit du fleuve qui supporte les quais avec une valeur nominale ou, de façon subsidiaire, une valeur bien moindre que celle déterminée par la Ville. À l'appui de sa thèse, la SVPM signale que les caissons de bois sur lesquels reposent les quais ne sont pas un remblai et ne constituent donc pas de la terre ferme. La SVPM compare par ailleurs son terrain à d'autres qui seraient aussi situés en eau profonde, soit le bassin Jacques-Cartier, qui est adjacent au site du Vieux-Port, et un quai situé à Sorel-Tracy. La valeur attribuée à ces deux lots est bien moindre que celle attribuée au site du Vieux-Port.

[209] La SVPM soutient que la question de l'évaluation de la zone qui occupe les quais de la SVPM a été traitée par ses évaluateurs comme étant la valeur du terrain sous le quai, soit le fond du fleuve, parce qu'un quai construit avec des caissons est une structure qui a besoin d'entretien, et si on ne l'entretient pas, éventuellement le quai va se défaire. En conséquence, les évaluateurs ont déterminé la valeur des quais sur une base des revenus, et ainsi la valeur que le terrain sous-jacent permet de tirer du quai qui est construit au-dessus.

[210] D'emblée, il s'agit là d'une question qui concerne de près la valeur effective des immeubles de la SVPM. L'objectif en l'espèce n'est pas de statuer sur la valeur à attribuer aux terrains sous-jacents de la SVPM, mais simplement de déterminer si ces terrains sont situés sur les quais ou sous les quais aux fins d'évaluation, puisque la Ville prévoit s'adresser au Comité consultatif en matière de PERI constitué conformément à l'article 11.1 de la LPRI pour tout différend résiduel quant à l'évaluation de la propriété de la SVPM.



[211] In accordance with the definition of “property value” in subsection 2(1) of the PILT Act, the OPMC must attribute a property value to its immovables consistent with that which would be payable if the immovables were privately owned. Similarly, section 46 of the AMT provides that, in assessing the immovable, “the condition of the unit of assessment on [the reference date] ... [is] taken into account.”

[212] In this case, I am of the view that, for PILT purposes, the property value of the OPMC’s “land” must be calculated as if the land were situated on the quays—the usable surface—just as if it were situated on any infilled area within the City’s territory. These quays are permanently fixed to dry land, cannot be removed and are the site of important immovables that support lucrative commercial activities, such as parkades and indoor parking lots, the Science Centre and the IMAX theatre. I therefore find that it would be unreasonable and contrary to the spirit of fairness in the PILT Act to assess the land at issue as deep-water lots of nominal value. The fact that the quays are supported in part by cribwork filled with a combination of landfill and other materials rather than landfill alone has no impact whatsoever on this finding, given that the surface usable for commercial development is situated on the quays, above the water, in an area that is essentially an extension of Old Montréal.

[213] Accordingly, if there is to be a comparison of the value of the sites, it seems to me more consistent with the objective of the fair and equitable administration of the PILT Act that the OPMC consider the value of the adjacent sites in the Old Montréal area, just north of De la Commune Street, with appropriate adjustments given the reality that the underlying quays may require maintenance. The way in which the OPMC’s underlying land has been compared to the adjacent undeveloped basin or to a marine wharf in a smaller city downstream for PILT purposes strikes me as neither intelligible nor transparent.

[214] The acts of assignment of the Old Port site from Her Majesty the Queen to the OPMC are of no assistance

[211] Conformément à la définition de « valeur effective » au paragraphe 2(1) de la LPRI, la SVPM doit attribuer une valeur effective à ses immeubles conforme à celle qui serait payable si les immeubles étaient détenus par un propriétaire privé. Dans le même ordre d’idée, l’article 46 de la LFM prévoit qu’« on tient compte de l’état de l’unité d’évaluation et des conditions du marché immobilier tels qu’ils existent » pour l’évaluation d’un immeuble.

[212] En l’espèce, je suis d’avis que, aux fins des PERI, la valeur effective des « terrains » de la SVPM doit être calculée comme si les terrains étaient situés sur les quais — la surface exploitable — tout comme s’ils étaient situés sur n’importe quel remblai dans le territoire de la Ville. Ces quais sont attachés de façon permanente à la terre ferme, sont inamovibles et abritent des bâtiments importants qui permettent l’exercice d’activités commerciales lucratives, comme des stationnements intérieurs et à étages, le Centre des sciences et le Cinéma IMAX. Dans ce contexte, je crois qu’il serait déraisonnable et contraire à l’équité de la LPRI d’évaluer les terrains en cause comme des lots en eau profonde avec une évaluation minime. Le fait que les quais soient soutenus en partie par des caissons remplis de remblai et d’autres matériaux plutôt qu’uniquement par du remblai n’affecte aucunement cette détermination étant donné que la surface utilisable pour le développement commercial se trouve sur les quais, au-dessus de l’eau, dans une zone qui est essentiellement une extension du Vieux-Montréal.

[213] Par conséquent, s’il doit y avoir une comparaison de la valeur des emplacements, il me semble plus conforme à l’objectif de l’administration juste et équitable du PERI de la LPRI que la SVPM considère la valeur des emplacements adjacents dans le quartier du Vieux-Montréal, soit juste au nord de la rue de la Commune, avec des ajustements appropriés compte tenu de la réalité que les quais sous-jacents peuvent devoir être entretenus. En fait, la manière dont le fond de terre de la SVPM a été comparé au bassin adjacent non développé, ou à un quai maritime dans une plus petite ville en aval pour les fins de PERI ne me semble ni intelligible, ni transparent.

[214] Les actes de cession du site du Vieux-Port de Sa Majesté la Reine à la SVPM ne sont d’aucune utilité

in determining the assessment method applicable to the Old Port site. Whether these acts refer to the land as the riverbed or the surface of the quays is immaterial. Any such designation was made for the purpose of identifying the property being assigned, not for determining the value attributable to the land.

[215] According to the OPMC, the City received its decisions with the assessment reports in which the OPMC clearly states that what its evaluators were assessing was the land under the quays, and that this has consistently been the OPMC's position throughout the years under consideration. The OPMC therefore argues that if, at any time during this period, the City had wished to take the position that it was instead the surface of the quays that was being assessed, it should have confirmed this in the PILT application. However, there did not appear to be any disagreement as to the value of the sites considered for the PILT calculation prior to 2014, so to claim now that there was a misunderstanding as to the basis on which the City was making its PILT application comes across as grasping at straws.

[216] Before me, the OPMC conceded that if the land constituting the Old Port site had been composed only of landfill, it would be dry land for tax purposes. However, while this was not argued in its written submissions, the OPMC claimed at the hearing that the quays are instead "structure[s] or works[s]" to be excluded from the concept of federal property under paragraph 2(3)(a) of the PILT Act.

[217] This is a new argument that has never appeared in the OPMC's decisions; however, I fail to see how this advances the OPMC's case. As noted above, the City submits that the quays are not assessed as such and that the property value does not take into consideration the materials making up the quays, such as landfill, cement or timber. Nor is it required to do so. In assessing land in the City's various boroughs, the composition of the dry land is not taken into account. The fact that one sector is made of rock and gravel while another is situated on landfill is irrelevant.

pour déterminer la méthode d'évaluation applicable au site du Vieux-Port. En effet, il importe peu que ces actes aient qualifié les terrains comme étant le fond du fleuve ou la surface des quais. Cette désignation a été faite dans le but d'identifier les biens qui étaient cédés, non pas pour déterminer la valeur attribuable aux terrains.

[215] D'après la SVPM, la Ville a reçu ses décisions avec les rapports d'évaluation où la SVPM mentionne en toutes lettres que ce que les évaluateurs de la SVPM évaluent, ce sont les terrains sous les quais, et que telle a toujours été la position de la SVPM pour les années en cause en l'espèce. Alors, la SVPM soutient que si à un moment donné pendant toutes ces périodes la Ville avait voulu prendre la position que c'était plutôt la surface des quais qu'elle évalue, la Ville aurait dû le confirmer dans la demande de PERI. Il n'en demeure pas moins qu'il ne semblait pas y avoir de désaccord quant à la valeur des emplacements pris en compte pour le calcul des PERI avant 2014, et soutenir aujourd'hui qu'il y a eu malentendu quant à la base sur laquelle la Ville faisait sa demande de PERI ressemble à un baroud d'honneur.

[216] Devant moi, la SVPM concède que si les terrains constituant le site du Vieux-Port ne sont que du remblai, ils deviennent un lot de terre ferme aux fins de taxation. Cependant, bien que cela n'ait pas été plaidé dans leurs écritures, la SVPM a soutenu lors de l'audience que les quais sont plutôt des « constructions ou ouvrages » qui doivent être exclus de la notion de propriété fédérale aux termes de l'alinéa 2(3)a) de la LPRI.

[217] Voilà un argument nouveau qui n'a jamais fait partie des décisions de la SVPM, cependant, je ne vois pas en quoi il lui est utile. Comme signalé précédemment, la Ville fait valoir que les quais ne sont pas évalués en tant que tels, et que la valeur effective ne tient pas compte des matériaux de construction qui composent les quais, tels que le remblai, le ciment et le bois. Elle n'a d'ailleurs pas à le faire. Lors de l'évaluation des terrains dans les différents arrondissements de la Ville, la composition du terrain ferme n'est pas prise en considération. Le fait qu'un secteur soit fait plutôt de roche et de gravier, alors qu'un autre est situé sur du remblai n'a aucune pertinence.

[218] Furthermore, the City submits that the riverbed on which the quays rest is owned by the Province of Quebec rather than the federal government. As stated above, the City's jurisdiction extends to what is under federal jurisdiction, above the riverbed; therefore, if the OPMC wishes to defend the position, as it now appears to be doing for the first time, that the land to be taxed is the riverbed and not the area above it, then OPMC will have to find another mechanism for the payment of the levy to the City as the PILT system would no longer apply.

[219] It is not necessary to decide this issue in the context of these judicial review proceedings. Suffice it to say that what is being assessed by the City is the market value of the site, which is the surface of the quay. Given that these quays are no longer being used in accordance with their original purpose and construction and that they are now an elevation of the ground below the water level, the manner in which the OPMC has assessed its sites to determine the amount of the PILT or its rationale for deciding to depart from its previous decisions to accept the site's property value was not clearly justified in its decisions. Its decisions on this issue are therefore unreasonable.

[220] In any event, for PILT purposes, I see no reason to treat the Old Port site differently just because it was built with landfill south of De la Commune Street up to a certain point, and after that point with the addition of cribwork to reinforce the structure rather than occupying the surface of the riverbed with landfill only. The OPMC's decision on this point was neither intelligible nor transparent in light of the objectives of the PILT Act and is therefore unreasonable in the circumstances. However, the question of what the true value of the land is will have to be resolved at a later date by the Dispute Advisory Panel, in keeping with the will of the parties and the scheme of the PILT Act.

[218] De plus, la Ville soutient que le fond du fleuve sur lequel reposent les quais est la propriété de la province de Québec, et non du gouvernement fédéral. En fait, comme il a déjà été signalé, la compétence de la Ville s'étend jusqu'à ce qui est de compétence fédérale, au-dessus du lit de la rivière; donc, si la SVPM souhaite défendre la position, comme elle semble le faire maintenant pour la première fois, portant que le terrain qui doit faire l'objet de taxation est le lit de la rivière et non la zone au-dessus, alors la SVPM devra trouver un autre mécanisme pour le paiement de la contribution à la Ville car le système de PERI ne s'appliquerait plus.

[219] Il n'est pas nécessaire de trancher cette question dans le cadre de la présente procédure de contrôle judiciaire. Il suffit de dire que ce qui est évalué par la Ville, c'est la valeur marchande de l'emplacement, soit l'aire du quai. Compte tenu du fait que les quais ne sont plus utilisés conformément à leur intention et à leur construction initiales et qu'ils constituent aujourd'hui une surélévation du sol au-dessous du niveau de l'eau, la manière dont la SVPM a évalué ses emplacements pour déterminer le montant du PERI ou les raisons pour lesquelles elle a décidé de s'écarter de ses décisions antérieures pour accepter la valeur effective de l'emplacement n'a pas été clairement justifiée dans ses décisions. Ses décisions sur cette question sont donc déraisonnables.

[220] De toute manière, aux fins des PERI, je ne vois aucune raison de traiter différemment le site du Vieux-Port simplement parce qu'il a été construit avec du remblai au sud de la rue de la Commune jusqu'à un certain point, et ensuite à l'aide des caissons afin de renforcer la structure plutôt que d'occuper la surface du lit de la rivière avec seulement du remblai. La décision de la SVPM sur ce point n'était pas intelligible et transparente vu les objectifs de la LPRI, et est donc déraisonnable dans les circonstances. Cependant, la question de savoir quelle est la véritable valeur des terrains devra faire l'objet d'une détermination ultérieure par le Comité consultatif, conformément à la volonté des parties et à l'économie de la LPRI.

4. Was it open to the OPMC to effect compensation between the amount it had allegedly overpaid in 2013 and the payments for the following years?

[221] The OPMC admits that the payment made in 2013 was final. Recovering overpayments for this type of payment is nevertheless permitted, in its view, by section 4 of the *Interim Payments and Recovery of Overpayments Regulations*, SOR/81-226 (IPROR), which governs payments made by the Minister under section 3 of the PILT Act or interim payments made by the Minister under section 3 of the IPROR. According to the OPMC, nothing in these regulations states that they cover only the Minister, to the exclusion of Crown corporations. On the contrary, the OPMC submits, section 4 states that it applies to any payment made under the PILT Act, not just payments made by the Minister. This recovery mechanism therefore would allow the OPMC to deduct its 2013 overpayments from payments for subsequent years. It adds that this mechanism was confirmed in *Trois-Rivières (City)*, at paragraphs 80–83.

[222] I reject this argument. First, *Trois-Rivières (City)* involved an interim payment made by the Crown corporation under section 3 of the IPROR, in a context in which the parties were unable to determine definitively the amount of the PILT for the year at issue. Once a final decision was reached for that year and the final amount of the PILT proved to be lower than the amount of the interim payment, the Crown corporation's right to deduct the overpayment from the payment of the following year's PILT was confirmed.

[223] In this case, unlike the facts in *Trois-Rivières (City)*, the 2013 payment was made by the OPMC following a final decision on its part with regard to the PILT, in the absence of a dispute; it was not a partial payment, an interim payment, a payment under protest, or the like. Moreover, the Federal Court of Appeal has already clearly decided that the IPROR do not apply to Crown corporations (*Montréal Port Authority v. Montréal (City)*, 2008 FCA 278, 301 D.L.R. (4th) 202 (*MPA 2008*), at paragraphs 110 and 111, reversed on other grounds by the Supreme Court in *MPA 2010*). The OPMC has not persuaded me that this Federal Court of Appeal jurisprudence should

4. La SVPM pouvait-elle opérer compensation du montant qu'elle a prétendument trop payé en 2013 pour les années subséquentes?

[221] La SVPM admet que le paiement effectué en 2013 était final. Selon la SVPM, le recouvrement du trop-payé pour ce type de paiement est néanmoins permis par l'article 4 du *Règlement sur les versements provisoires et les recouvrements*, DORS/81-226 (RVPR), qui vise le paiement versé par le ministre en vertu de l'article 3 de la LPRI ou le versement provisoire fait par lui en vertu de l'article 3 du RVPR. Selon la SVPM, rien dans ce règlement ne prévoit que celui-ci ne vise que le ministre, à l'exclusion des sociétés d'État. Au contraire, selon la SVPM, l'article 4 prévoit qu'il vise tous les paiements versés en vertu de la LPRI, pas seulement ceux effectués par le ministre. Ce mécanisme de recouvrement permettrait donc à la SVPM de déduire le trop-perçu 2013 des années subséquentes. En fait, selon la SVPM, ce mécanisme aurait été par ailleurs confirmé à l'occasion de l'affaire *Ville de Trois-Rivières*, aux paragraphes 80–83.

[222] Je rejette cet argument. Tout d'abord, l'affaire *Ville de Trois-Rivières* concernait un paiement provisoire effectué par la société d'État en vertu de l'article 3 du RVPR dans le contexte où les parties étaient incapables de déterminer de façon définitive le montant de PERI pour l'année en question. Une fois qu'une décision finale a été rendue concernant cette année-là et que le montant final du PERI s'est avéré être inférieur au paiement préliminaire, le droit de la société d'État à déduire le trop payé du paiement du PERI de l'année suivante a été confirmé.

[223] En l'espèce, contrairement aux faits de l'affaire *Ville de Trois-Rivières*, le paiement en 2013 a été effectué par la SVPM suite à une décision finale de sa part en ce qui concerne le PERI, en l'absence de différend; il ne s'agissait pas d'un paiement partiel, provisoire, sous protest ou autre. De plus, la Cour d'appel fédérale a déjà clairement décidé que le RVPR ne s'applique pas aux sociétés d'État (*Administration portuaire de Montréal c. Montréal (Ville de Montréal)*, 2008 CAF 278 (*APM 2008*), aux paragraphes 110–111, infirmé pour d'autres motifs par la Cour suprême dans l'arrêt *APM 2010*). La SVPM ne m'a pas convaincu qu'il fallait répudier cette jurisprudence de

be repudiated. The OPMC cannot, therefore, rely on the IPROR as the source of an entitlement to recover the alleged overpayment of 2013.

[224] Finally, the OPMC submits that even if section 4 of the IPROR were not applicable to it, the same solution would have to be adopted under sections 6, 7 and 12 of the CCPR (*MPA 2008*, at paragraphs 118–119, reversed on other grounds in *MPA 2010*).

[225] It is true that the CCPR allows for the recovery of certain payments made by Crown corporations. However, this possibility is clearly limited to interim payments made in the context of a challenge, which is not the case here (*MPA 2008*, at paragraphs 113–119, reversed on other grounds in *MPA 2010*; *Trois-Rivières (City)*). In fact, the possibility of recovering overpayments of interim payments was specifically recognized to give full effect to the interim nature of the payments made under section 12 of the CCPR (*Trois-Rivières (City)*, at paragraph 83).

[226] The City correctly submits that, its final payment having been made for the year 2013, it was unreasonable for the OPMC to re-evaluate this decision the following year and effect compensation between the so-called overpayment and the PILTs due for the years from 2014 until the balance of the overpayment was exhausted in 2020. If I were to accept this approach, Crown corporations could revise after the fact the amounts they had decided to pay, an idea that I believe must be rejected. I can easily imagine the destabilizing effect this could have on the finances of taxing authorities, which would run counter to the objectives of fairness and equity set out in the PILT Act.

[227] In this case, as the 2013 payment was final, it was unreasonable for the OPMC to effect compensation between the so-called overpayment of that year and the payments for subsequent years.

la Cour d'appel fédérale. Le RVPR ne permet donc pas à la SVPM de se prévaloir d'un quelconque droit à un recouvrement du prétendu trop payé de 2013.

[224] La SVPM soutient enfin que même si l'article 4 du RVPR ne lui était pas applicable, la même solution doit être retenue aux termes des articles 6, 7 et 12 du RSE (*APM 2008*, aux paragraphes 118–119, infirmé pour d'autres motifs dans l'arrêt *APM 2010*).

[225] Il est vrai que le RSE permet de recouvrer certains paiements effectués par les sociétés d'État. Toutefois, cette possibilité est clairement limitée aux paiements provisoires où une certaine contestation est annoncée, contrairement à la présente affaire (*APM 2008*, aux paragraphes 113–119, infirmé pour d'autres motifs dans l'arrêt *APM 2010*; *Ville de Trois-Rivières*). En effet, la possibilité de recouvrer les trop-perçus des paiements provisoires a été reconnue spécifiquement pour donner plein effet à la nature provisoire des paiements effectués en vertu de l'article 12 du RSE (*Ville de Trois-Rivières*, au paragraphe 83).

[226] La Ville soutient correctement que, ayant effectué son paiement final pour l'année 2013, il était déraisonnable pour la SVPM de remettre en cause cette décision au cours de l'année suivante et ensuite appliquer le montant du prétendu trop-perçu sur les PERI qui étaient dus pour les années 2014 jusqu'à épuisement du solde du trop-perçu en 2020. Si j'avalais cette façon de faire, les sociétés d'État pourraient revenir sur les montants qu'ils ont décidés de payer *a posteriori*, une idée qui, à mon avis, doit être rejetée. Je peux certainement concevoir comment cela pourrait avoir un effet déstabilisant sur les finances des autorités taxatrices, ce qui serait d'ailleurs contraire aux objectifs de justice et d'équité consacrés par la LPRI.

[227] En l'espèce, comme le paiement de 2013 était final, il était déraisonnable pour la SVPM d'opérer compensation entre le supposé trop payé de cette année et les années subséquentes.

5. The land under the right-of-way for the railway tracks and rail yard

[228] At the time when a large part of the area was operated by the Port of Montréal, railway tracks were installed to serve the port. The railway tracks remained in place after the transfer of the site from the Old Port to the OPMC in 2009. Today, the Old Port site is crossed from its western boundary to the Bonsecours Basin entrance by this set of railway tracks operated by the Montréal Port Authority (MPA) and Canadian National [CN] to run freight trains loaded and unloaded in the Port of Montréal, intermodal trains and railway vehicles. Between the Bonsecours Basin entrance and the eastern boundary of the Old Port site, the single set of tracks subdivides into a rail yard made up of a series of tracks.

[229] The railway tracks are fenced off along their entire length, except where crossed by the alleged public highways mentioned above, to enable the public to access the parts of the Old Port site located south of the track. The land covered by the right-of-way for the railway tracks and rail yard belong to the OPMC but are subject to a servitude of right-of-way in favour of the MPA for the railway tracks and rail yard, so that this infrastructure may be used for trains. These trains also benefit from a servitude of tolerance to noise, air quality, odours, vibrations and visual factors to allow for rail transportation.

[230] Since 2015, the OPMC's decisions have referred to this rail infrastructure; the OPMC submits that it does not have enjoyment of the land covered by the right-of-way for the railway tracks and rail yard; that it is not the occupant; and that, because of the existence of these tracks, access to the Old Port site south of the tracks is interrupted several times a day for periods of unpredictable duration and by the passage and halting of freight trains, which results in operational constraints for the OPMC and users of the Old Port site.

[231] In its decisions for the years 2015 to 2019, the OPMC claimed that, applying the exclusion provided for

5. Les terrains sous l'emprise de la voie ferrée et de la cour de triage

[228] À l'époque où une grande partie du secteur était exploitée par le port de Montréal, une ligne ferroviaire a été installée pour desservir le port. La ligne ferroviaire est restée en place après le transfert du site du Vieux-Port à la SVPM en 2009. Aujourd'hui, le site du Vieux-Port est traversé de sa limite ouest jusqu'à l'entrée du Bassin Bonsecours par cette voie ferrée opérée par l'Administration portuaire de Montréal (APM) et le Canadien National [CN] afin d'y faire circuler des trains de marchandises chargées et déchargées au port de Montréal, des trains intermodaux et des véhicules ferroviaires. À partir de l'entrée du Bassin Bonsecours jusqu'à la limite est du site du Vieux-Port, cette voie ferrée se subdivise en plusieurs voies ferrées constituant une cour de triage ferroviaire.

[229] La voie ferrée, sur toute sa longueur, est clôturée, sauf aux endroits où passent les supposées voies publiques qui ont été mentionnées plus haut, afin de permettre au public d'avoir accès à tout le site du Vieux-Port qui est au sud de la voie ferrée. Le terrain constituant l'emprise de cette voie ferrée ainsi que la cour de triage ferroviaire appartiennent à la SVPM mais font l'objet d'une servitude de passage ferroviaire en faveur de l'APM permettant l'utilisation par les trains de cette infrastructure. Ces trains bénéficient aussi d'une servitude de tolérance pour le bruit, la qualité de l'air, les odeurs, les vibrations et l'aspect visuel permettant le transport ferroviaire.

[230] Depuis 2015, les décisions de la SVPM font référence à la ligne ferroviaire; la SVPM soutient ne pas avoir la jouissance du terrain constituant l'emprise de cette voie ferrée, qu'elle n'en est pas l'occupante, et qu'en raison de la présence de ces voies ferrées, l'accès au site du Vieux-Port au sud de ces voies ferrées est interrompu plusieurs fois par jour pour des périodes d'une durée imprévisible et par le passage et l'arrêt de trains de marchandises, ce qui résulte en des contraintes opérationnelles pour la SVPM et les usagers du site du Vieux-Port.

[231] Dans ses décisions pour les années 2015 à 2019, la SVPM soutient qu'en appliquant l'exclusion prévue

railway tracks in item 11 of Schedule II to the PILT Act, the railway tracks and the rail yard in the Old Port site do not constitute “federal property” within the meaning of the PILT Act. As seen above, the exceptions set out in Schedule II (paragraph 2(3)(b) of the PILT Act) apply only to the improvements made to the surface of the land, so the text is silent with respect to the underlying land.

[232] However, since its decision for 2016, the OPMC has added that it will not pay any amount in PILTs with respect to the “land” covered by the right-of-way for the railway tracks and rail yard [TRANSLATION] “because the property taxes to which it could be subject without the exemption enjoyed by the OPMC must be levied on its occupants and paid by them pursuant to the first paragraph of section 208 of the AMT”.

[233] At the start of the debates, the OPMC conceded that the land covered by the right-of-way for the railway tracks and rail yard are compensable under the PILT Act because they are not excluded from the concept of federal property within the meaning of the PILT Act. However, as seen above, according to section 208 of the AMT, the lessees or occupants are deemed owners for the purposes of municipal taxation, including with respect to property taxes on land. The OPMC submits that the rail yard and railway tracks are [TRANSLATION] “occupied” by the Port of Montréal and the railways that run the trains and that the OPMC [TRANSLATION] “does not occupy” this territory even if it owns it; therefore, if property taxes are owed to the City, even if it is accepted that the land is compensable under the PILT Act, the railways are liable for the taxes under the AMT.

[234] Thus, the OPMC submits that it should be treated the same way that the City treats other landowners: the lessees and occupants of the site (in this case the MPA or CN) should pay their municipal taxes directly to the City into a separate tax account, and that the OPMC need therefore make no PILTs for this part of its territory. However, this system developed by the City under section 208 of the AMT is not applicable to the rail yard and railway tracks, as the City has not created a separate

pour les voies ferrées par le point 11 de l’annexe II de la LPRI, la voie ferrée ainsi que la cour de triage ferroviaire dans le site du Vieux-Port ne constituent pas une « propriété fédérale » au sens de la LPRI. Comme nous l’avons vu, les exceptions prévues par l’annexe II (alinéa 2(3)b) de la LPRI ne s’appliquent qu’aux améliorations apportées à la surface du terrain, et donc le texte est muet quant au terrain sous-jacent.

[232] Cependant, depuis sa décision pour l’année 2016, la SVPM ajoute qu’elle ne paiera aucun montant à titre de PERI à l’égard des « terrains » formant l’emprise de la voie ferrée et de la cour de triage ferroviaire « puisque les taxes foncières auxquelles ils pourraient être assujettis sans l’exemption dont bénéficie la SVPM doivent être imposées à leurs occupants et payées par eux en vertu du premier alinéa de l’article 208 de la LFM ».

[233] Au début des débats, la SVPM a concédé que le terrain constituant l’emprise de cette voie ferrée ainsi que la cour de triage ferroviaire sont compensables en vertu de la LPRI car ils ne sont pas exclus de la notion de propriété fédérale au sens de la LPRI. Cependant, et comme nous l’avons déjà vu précédemment, selon l’article 208 de la LFM les locataires ou les occupants sont réputés propriétaires aux fins de taxation municipale, incluant pour ce qui est des taxes foncières sur les terrains. La SVPM soutient que la cour de triage et la voie ferrée sont « occupées » par le port de Montréal et les sociétés ferroviaires qui les exploitent et qui font passer des trains, que la SVPM « n’occupe pas » ce territoire même si elle en est propriétaire, et donc, s’il y a des taxes foncières à payer à la Ville, même si on reconnaît que le terrain est compensable en vertu de la LPRI, cela doit être assumé par les sociétés ferroviaires aux termes de la LFM.

[234] Donc, la SVPM fait valoir qu’elle devait être traitée de la même manière que la Ville traite les autres propriétaires de terrain : les locataires et les occupants du site (dans ce cas l’APM ou le CN) devraient payer leurs taxes municipales directement à la Ville dans un compte de taxes séparé et qu’alors, aucun PERI ne serait dû de la SVPM pour cette partie de son territoire. Cependant, ce système développé par la Ville au titre de l’article 208 de la LFM n’opère pas pour la cour de triage et la voie

tax account for the MPA, which is the “occupant” of the land in question.

[235] First, the City did not rigorously defend before me the argument that the exclusion set out by item 11 of Schedule II to the PILT Act does not cover the rails or the railway ties that hold the rails, or the groundwork with landfill beneath the rails. I note that the exclusion is very clear and that it covers “railway tracks”, which, it seems to me, must logically include any supporting infrastructure that secures the tracks to the ground.

[236] Because the land in question is owned by the OPMC, it is included in the property base for the City’s annual PILT applications; it is also clear that there is no exclusion *per se* from the concept of federal property under the PILT Act for the underlying land supporting a railway track and a rail yard.

[237] As for the applicability of section 208 of the AMT, I reject the OPMC’s argument.

[238] First, the agreement between Her Majesty the Queen in right of Canada and the MPA registered on November 3, 2009, created, among other servitudes, a real and perpetual servitude of railway right-of-way for the railway tracks and rail yard on the Old Port site. Under the terms of this agreement, the Port of Montréal must, among other things, maintain the tracks at all times. Also under this agreement, the OPMC is responsible for ensuring the safety of visitors to the Old Port site; maintaining the fences, gates and safety devices located on the land covered by the railway tracks and rail yard; providing an adequate drainage system and indemnifying the company using the railway system for all losses and damages relating to the injury or death of any person on the site of the servitude.

[239] In any event, even if the conditions of the servitude made the MPA or one of the railway companies using the railway tracks and rail yard an “occupant” of the land, section 208 of the AMT do not apply when the

ferrée, car la Ville n’a pas créé de compte de taxes séparé pour l’APM, soit « l’occupant » de ce terrain.

[235] En premier lieu, la Ville n’a pas vraiment défendu avec insistance devant moi l’argument portant que l’exclusion prévue par le point 11 de l’annexe II de la LPRI ne vise pas les rails ferroviaires ainsi que les traverses de chemin de fer qui maintiennent les rails et l’aménagement au sol avec le remblai en dessous des rails. Pour ma part, je constate que l’exclusion est très claire et qu’elle vise les « voies ferrées », ce qui, il me semble, doit logiquement inclure l’infrastructure de soutien qui sécurise les voies au sol.

[236] Comme le terrain en question appartient à la SVPM, la propriété est incluse dans le cadre des demandes annuelles de PERI par la Ville, et il est aussi clair qu’il n’y a pas d’exclusion en soi de la notion de propriété fédérale aux termes de la LPRI pour les terrains sous-jacents supportant une voie ferrée et une cour de triage ferroviaire.

[237] En ce qui concerne l’application de l’article 208 de la LFM, je rejette l’argument de la SVPM.

[238] Tout d’abord, l’entente entre Sa Majesté la Reine du chef du Canada et l’APM enregistrée le 3 novembre 2009 crée, en effet, parmi d’autres servitudes, une servitude réelle et perpétuelle de passage de voies ferrées sur l’emprise de la voie ferrée ainsi que la cour de triage ferroviaire sur le site du Vieux-Port. Aux termes de cette entente, le port de Montréal doit, notamment, entretenir les voies ferrées en tout temps. Suivant cette entente, la SVPM doit notamment assurer la sécurité des visiteurs du site du Vieux-Port, maintenir les clôtures, barrières et dispositifs de sécurité situés sur le terrain de la voie ferrée ainsi que la cour de triage ferroviaire, fournir un système de drainage adéquat et indemniser la société de qui utilise la voie ferrée de toutes les pertes et de tous les dommages relatifs aux blessures ou au décès de toute personne se trouvant sur l’assiette de la servitude.

[239] Quoi qu’il en soit, même si les conditions de la servitude faisaient de l’APM ou de l’une des sociétés de chemin de fer qui utilise la voie ferrée et la cour de triage ferroviaire un « occupant » du terrain, l’article 208 de la



“occupant” is a person included in subsection 204(1.1) of the AMT. The Crown in right of Canada and its mandataries are specifically covered by this provision; in this case, the MPA is a mandatar of Her Majesty the Queen in right of Canada (see subsections 6(1) and 7(1), as well as item 4 of Part 1 of the Schedule to the *Canada Marine Act*, S.C. 1998, c. 10). Accordingly, the rule in section 208 of the AMT does not apply to the OPMC.

[240] But the story of the land covered by the railway tracks and rail yard does not end there.

[241] Despite not having raised it in its written submissions or in its initial arguments before me, the OPMC raised in reply a new argument regarding this land, based on the exception to the concept of federal property under paragraph 2(3)(g) of the PILT Act, again relying on the idea of “the occupant” in support of the position that the land covered by the railway tracks and rail yard, being occupied by the MPA, is excluded from the concept of federal property.

[242] Ignoring for the moment the fact that an argument advanced for the first time in reply should not even be considered by the Court and that such an exemption was never requested by the OPMC in any of its PILT decisions, the OPMC has not presented anything to me to support the idea that, in the case of a servitude, the owner of the dominant land in favour of whom the servitude has been granted is the “occupant” of the servient land. In fact, given the OPMC’s obligations under the terms of the servitude, including its responsibility for securing the perimeter of the land and the duty to indemnify, I find that it is unreasonable to believe that the right-of-way created by the servitude makes the MPA or the railway companies using it an “occupant” of the land under the railway tracks and rail yard for the purposes of paragraph 2(3)(g) of the PILT Act.

[243] Accordingly, the OPMC’s decision to make no PILT with respect to the “land” covered by the right-of-way for the railway tracks and rail yard is neither intelligible nor transparent; it is therefore unreasonable.

LFM ne s’applique pas lorsque « l’occupant » est une personne visée par le paragraphe 1.1 de l’article 204 de la LFM. La Couronne du chef du Canada et ses mandataires sont spécifiquement visés par ce texte; en l’espèce, l’APM est un mandataire de Sa Majesté du chef du Canada (voir les paragraphes 6(1) et 7(1), ainsi que le paragraphe 4 de la Partie 1 de l’annexe de la *Loi maritime du Canada*, L.C. 1998, ch. 10). Par conséquent, la règle de l’article 208 de la LFM ne s’applique pas à la SVPM.

[240] Mais l’histoire du terrain de la voie ferrée et de la cour de triage ferroviaire ne s’arrête pas là.

[241] Bien qu’elle ne l’ait soulevé ni dans son argumentaire écrit ni dans ses observations initiales devant moi, la SVPM a soulevé en réplique un nouvel argument concernant ce terrain, à savoir celui de l’exception à la notion de propriété fédérale aux termes de l’alinéa 2(3)g) de la LPRI, et reprend le même thème de l’« occupant » pour soutenir que le terrain de la voie ferrée et de la cour de triage ferroviaire, étant occupé par l’APM, est exclu de la notion de propriété fédérale.

[242] Faisant abstraction pour le moment du fait qu’un argument avancé pour la première fois en réplique ne doit normalement même pas être étudié par la Cour et vu qu’une telle exception n’a jamais été demandée par la SVPM dans aucune de ses décisions au sujet de PERI, la SVPM ne m’a produit aucun élément appuyant l’idée qu’une servitude a pour conséquence que le propriétaire du fonds dominant en faveur duquel la servitude a été accordée est l’« occupant » du fonds servant. En fait, compte tenu de l’obligation de la SVPM aux termes de la servitude, y compris la responsabilité de la sécurité du périmètre du terrain et l’obligation d’indemniser, je crois qu’il est déraisonnable de penser que le droit de passage créé par la servitude fait de l’APM ou les sociétés de chemin de fer qui l’utilisent un « occupant » du terrain de la voie ferrée et de la cour de triage ferroviaire aux fins de l’alinéa 2(3)g) de la LPRI.

[243] Par conséquent, la décision de la SVPM de ne payer aucun montant à titre de PERI à l’égard des « terrains » formant l’emprise de la voie ferrée et de la cour de triage ferroviaire est ni intelligible, ni transparente; elle est donc déraisonnable.

6. Conclusion and discretion with respect to measurement

[244] One of the remedies sought by the City is a declaration by this Court that the features of the Old Port site at issue are covered by the definition of “federal property” and should be subject to a PILT. However, I am not prepared to go that far in this case.

[245] In *Vavilov*, the Supreme Court considered the issue of remedial discretion and made the following comments [at paragraph 140]:

Where the reasonableness standard is applied in conducting a judicial review, the choice of remedy must be guided by the rationale for applying that standard to begin with, including the recognition by the reviewing court that the legislature has entrusted the matter to the administrative decision maker, and not to the court, to decide....

[246] After setting out certain other factors that must guide the issue of relief, such as concerns related to the proper administration of the justice system and the need to ensure access to justice, the Court continued as follows [at paragraph 141]:

Giving effect to these principles in the remedial context means that where a decision reviewed by applying the reasonableness standard cannot be upheld, it will most often be appropriate to remit the matter to the decision maker to have it reconsider the decision, this time with the benefit of the court’s reasons....

[247] I cannot conclude that the facts in this case are exceptional or fall within the limited scenarios outlined in *Vavilov* in which the issue entrusted to an administrative decision maker should otherwise be decided by this Court (*Vavilov*, at paragraph 142). I understand from the parties that, apart from the controversial issues before the Court in this case, the parties have found common ground on a number of the other issues to which the OPMC’s decisions related. Therefore, the OPMC’s decisions already include elements that the parties have agreed to modify, in which case a reconsideration and re-issuance of the OPMC’s decisions may be the best way to proceed in this case, having regard to these

6. Conclusion et le pouvoir discrétionnaire en matière de mesure

[244] Parmi les mesures sollicitées par la Ville, elle me demande de déclarer que les éléments du site du Vieux-Port en question sont visés par la définition de la « propriété fédérale » et doivent faire l’objet d’un PERI. Cependant, je ne suis pas disposé à aller aussi loin en l’espèce.

[245] Dans l’arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a discuté la question du pouvoir discrétionnaire en matière de mesure (ou de réparation) et a observé [au paragraphe 140] :

Lorsque la cour de révision applique la norme de la décision raisonnable au moment d’effectuer un contrôle judiciaire, le choix de la réparation doit être guidé par la raison d’être de l’application de cette norme, y compris le fait pour la cour de révision de reconnaître que le législateur a confié le règlement de l’affaire à un décideur administratif, et non à une cour.

[246] Après avoir énoncé certains autres éléments qui doivent guider l’examen de la question de la mesure à accorder, telles que les préoccupations liées à la bonne administration du système de justice et à la nécessité d’assurer l’accès à la justice, la Cour a poursuivi [au paragraphe 141] :

Donner effet à ces principes dans le contexte de la réparation signifie que, lorsque la décision contrôlée selon la norme de la décision raisonnable ne peut être confirmée, il conviendra le plus souvent de renvoyer l’affaire au décideur pour qu’il revoie la décision, mais à la lumière cette fois des motifs donnés par la cour.

[247] Je ne peux conclure que les faits de la présente affaire sont exceptionnels ou relèvent des cas de figure limités évoqués dans l’arrêt *Vavilov* dans lesquels une question confiée à un décideur administratif devrait autrement être tranchée par notre Cour (*Vavilov*, au paragraphe 142). Je comprends des parties qu’en plus des éléments controversés portés devant la Cour dans cette affaire, les parties ont trouvé un terrain d’entente en ce qui concerne un certain nombre d’autres questions auxquelles les décisions de la SVPM se rapportaient. Par conséquent, les décisions de la SVPM comportent déjà des éléments que les parties ont accepté de modifier, de sorte qu’un réexamen et une nouvelle émission de décisions de la

reasons (*Cold Lake (City) v. Canada (Public Services and Procurement)*, 2021 FC 405, at paragraphs 64 and 65).

[248] Therefore, in light of my decision, it was unreasonable for the OPMC to have removed the following features from the concept of federal property:

- The Bonsecours Basin Pavilion, including buildings 4 and 5, namely, the Terrasse Bonsecours and the pavilion (Chalet Bonsecours);
- The Jacques Cartier Quay, including the Jacques Cartier Pavilion commercial building, warehouse and restrooms, buildings 2, 2A and 3;
- The King Edward Quay, including buildings 13 to 18, namely :
  - King Edward Quay Promenade;
  - Central street (King Edward Quay Street);
  - Montréal Science Centre, building 13;
  - IMAX theatre, building 14;
  - Outdoor parkades on King Edward Quay, building 15;
  - Food court, building 16;
  - Parking and Belvédère, building 17;
  - Elevated walkway between Science Centre and food court, building 18;
- The outdoor parking lots of the Clock Tower Basin;
- The outdoor parking lots of the Clock Tower Quay;
- The outdoor street parking on the Port Road;

SVPM pourraient être la meilleure façon de procéder dans cette affaire, au regard de ces motifs (*Cold Lake (Ville) c. Canada (Services publics et Approvisionnement)*, 2021 CF 405, aux paragraphes 64–65).

[248] Dès lors, à la lumière de ma décision, il était déraisonnable pour la SVPM d’avoir retiré dans ses décisions les éléments suivants de la notion de propriété fédérale :

- Le pavillon Bonsecours, incluant les bâtiments 4 et 5, soit la Terrasse Bonsecours et le pavillon (Chalet Bonsecours);
- Le Quai Jacques-Cartier, incluant le bâtiment commercial du Pavillon Jacques-Cartier, l’entrepôt et les toilettes, bâtiments 2, 2A et 3;
- Le Quai King-Edward, incluant les bâtiments 13 à 18, soit :
  - Promenade du Quai King-Edward;
  - Chemin central ou la rue du Quai King-Edward;
  - Centre des sciences de Montréal, bâtiment 13;
  - Cinéma IMAX, bâtiment 14;
  - Stationnements extérieurs étagés du Quai King-Edward, bâtiment 15;
  - Foire alimentaire, bâtiment 16;
  - Stationnement et Belvédère, bâtiment 17;
  - Passerelle entre le Centre des sciences et la foire alimentaire, bâtiment 18;
- Les stationnements extérieurs du bassin de l’Horloge;
- Les stationnements extérieurs du Quai de l’Horloge;
- Les stationnements extérieurs de la route du Port;

- |  |  |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- The outdoor parkades on Alexandra Quay;</li> <li>- The indoor parking lots of hangar 16 on the Clock Tower Quay, building 20;</li> <li>- The indoor parking lots on the Alexandra Quay (inside hangars 4 and 6);</li> <li>- The land underlying the Clock Tower Quay, Jacques Cartier Quay, King Edward Quay and Alexandra Quay;</li> <li>- The public highways of the Old Port, namely:             <ul style="list-style-type: none"> <li>• the southern portion of De la Commune Street;</li> <li>• the Clock Tower Quay entrance;</li> <li>• the Bonsecours Basin entrance;</li> <li>• the Jacques Cartier Quay entrance;</li> <li>• the King Edward Quay entrance;</li> <li>• the Clock Tower Basin and Clock Tower Quay street;</li> <li>• the Alexandra Quay entrance; and</li> <li>• the Saint-Pierre entrance.</li> </ul> </li> <li>- The land covered by the right-of-way for the railway tracks and rail yard on the Old Port site.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Les stationnements extérieurs étagés du Quai Alexandra;</li> <li>- Les stationnements intérieurs du hangar 16 du Quai de l’Horloge, bâtiment numéro 20;</li> <li>- Les stationnements intérieurs du Quai Alexandra (soit l’intérieur des hangars 4 et 6);</li> <li>- Les terrains des Quai de l’Horloge, Jacques-Cartier, King-Edward et Alexandra;</li> <li>- Les voies publiques du Vieux-Port, soit :             <ul style="list-style-type: none"> <li>• la portion sud de la rue de la Commune;</li> <li>• l’entrée du Quai de l’Horloge;</li> <li>• l’entrée du Bassin Bonsecours;</li> <li>• l’entrée du Quai Jacques-Cartier;</li> <li>• l’entrée du Quai King-Edward;</li> <li>• la rue du Bassin de l’Horloge et du Quai de l’Horloge;</li> <li>• l’entrée du Quai Alexandra; et</li> <li>• l’entrée Saint-Pierre.</li> </ul> </li> <li>- Les terrains sous l’emprise de la voie ferrée et de la cour de triage ferroviaire dans le site du Vieux-Port.</li> </ul> |
|--|--|

[249] However, it was not unreasonable for the OPMC in its decisions to have withdrawn the following features from the concept of federal property:

- the Jacques Cartier Quay’s elevated walkway;
- the Old Port Promenade and the Promenade des Artistes; and
- the Port Road.

[249] Cependant, il n’était pas déraisonnable pour la SVPM d’avoir retiré dans ses décisions les éléments suivants de la notion de propriété fédérale :

- La passerelle surélevée du Quai Jacques-Cartier;
- Promenade du Vieux-Port et Promenade des Artistes; et
- La route du Port.

[250] It was not open to the OPMC to reverse its 2013 decision and use the amount it viewed as an overpayment to effect compensation. It would therefore be reasonable and consistent with these reasons for the OPMC to exercise the discretion conferred on it by subsections 3(1.1) and 3(1.2) of the PILT Act to pay a late payment supplement to the City, in addition to the principal amount due on any amounts owed to the City, including any amounts deducted by way of compensation from the amounts paid to the City in 2013.

[251] I find that the OPMC's parking areas are subject to the *By-law Concerning Property Taxes on Parking Lots* adopted each year by the City of Montréal.

#### 7. Costs

[252] The costs will naturally be paid by the OPMC to the City. The parties will have to discuss the amount and inform the Court of any agreement within the next 30 days. If no agreement can be reached within this time frame, each of the parties will be required to provide up to five pages of written submissions within the two subsequent weeks, setting out their positions on costs, including a draft bill of costs that is not to be included in the maximum page number set for the submissions.

JUDGMENT in T-1262-14; T-2147-14;  
T-635-15; T-613-16; T-592-17; T-714-18;  
T-650-19 and T-836-20

THIS COURT'S JUDGMENT is as follows:

1. The application is allowed, and the decision of the Old Port of Montréal Corporation of April 22, 2014, as well as the decisions in dockets T-1262-14, T-2147-14, T-635-15, T-613-16, T-592-17, T-714-18, T-650-19 and T-836-20 are set aside;
2. This matter is remitted to the Old Port of Montréal Corporation for redetermination within 30 days of this decision for each of the years 2013 to 2020,

[250] La SVPM n'avait pas le droit de revenir sur sa décision de 2013 et d'opérer une compensation des montants considérés comme un trop-perçu de sa part. Il serait donc raisonnable et conforme à mes motifs que la SVPM exerce le pouvoir discrétionnaire que lui confèrent les paragraphes (1.1) et (1.2) de l'article 3 de la LPRI de payer un supplément de retard à la Ville, en sus du capital échu de tout montant dû à la Ville, y compris tout montant compensé et déduit en relation avec les montants payés à la Ville en 2013.

[251] Je conclus que les terrains de stationnement de la SVPM sont assujettis au *Règlement concernant la taxe foncière sur les parcs de stationnement* adopté chaque année par la Ville de Montréal.

#### 7. Dépens

[252] Les dépens seront bien sûr payés par la SVPM à la Ville. Les parties devront discuter du montant des dépens et aviser la Cour de tout accord dans les 30 prochains jours. Si aucun accord ne peut être conclu dans ce délai, les parties devront chacune soumettre des observations écrites de cinq pages maximum dans les deux semaines suivantes, exposant leur position sur les dépens, y compris un projet de mémoire de frais qui ne doivent pas être inclus dans le calcul du nombre de pages fixé pour les observations.

JUGEMENT aux dossiers T-1262-14; T-2147-14;  
T-635-15; T-613-16; T-592-17; T-714-18;  
T-650-19 et T-836-20

LA COUR STATUE que :

1. La demande est accueillie et la décision de la Société du Vieux-Port de Montréal du 22 avril 2014 ainsi que ces décisions dans les dossiers T-1262-14, T-2147-14, T-635-15, T-613-16, T-592-17, T-714-18, T-650-19 et T-836-20 sont annulées;
2. La présente affaire est renvoyée à la Société du Vieux-Port de Montréal pour nouvelle détermination dans les 30 jours du présent jugement pour

in accordance with the reasons and findings of this Court in this judgment;

3. The whole, with costs to be paid by the Old Port of Montréal Corporation in accordance with my findings set out above. I will remain seized of this matter until I render a further order in respect to costs.
4. A copy of this decision shall be placed in each of the other dockets.

## VI. APPENDIX

### A. Federal acts and regulations:

*Payments in Lieu of Taxes Act*, R.S.C., 1985, c. M-13

#### Definitions

**2 (1)** In this Act,

...

***effective rate*** means the rate of real property tax or of frontage or area tax that, in the opinion of the Minister, would be applicable to any federal property if that property were taxable property; (*taux effectif*)

***federal property*** means, subject to subsection (3),

(a) real property and immovables owned by Her Majesty in right of Canada that are under the administration of a minister of the Crown,

...

***property value*** means the value that, in the opinion of the Minister, would be attributable by an assessment authority to federal property, without regard to any mineral rights or any ornamental, decorative or non-functional features thereof, as the basis for computing the amount of any real property tax that would be applicable to that property if it were taxable property; (*valeur effective*)

...

chacune des années 2013 à 2020, conformément aux raisons et conclusions de notre Cour dans le présent jugement;

3. Le tout, avec dépens payés par la Société du Vieux-Port à la Ville de Montréal conformément à mes conclusions exposées ci-dessus. Je resterai saisi de l'affaire jusqu'à ce que je rende une nouvelle ordonnance sur les frais.
4. Une copie de la présente décision doit être placée dans chacun des autres dossiers.

## VI. ANNEXE

### A. Lois et règlements fédérales :

*Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôt*, L.R.C. (1985), ch. M-13

#### Définitions

**2 (1)** Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

***propriété fédérale*** Sous réserve du paragraphe (3) :

a) immeuble ou bien réel appartenant à Sa Majesté du chef du Canada dont la gestion est confiée à un ministre fédéral;

[...]

***taux effectif*** Le taux de l'impôt foncier ou de l'impôt sur la façade ou sur la superficie qui, selon le ministre, serait applicable à une propriété fédérale si celle-ci était une propriété imposable. (*effective rate*)

[...]

***valeur effective*** Valeur que, selon le ministre, une autorité évaluatrice déterminerait, compte non tenu des droits miniers et des éléments décoratifs ou non fonctionnels, comme base du calcul de l'impôt foncier qui serait applicable à une propriété fédérale si celle-ci était une propriété imposable. (*property value*)

[...]

**Property not included in the definition *federal property***

**(3)** For the purposes of the definition *federal property* in subsection (1), federal property does not include

**(a)** any structure or work, unless it is

**(i)** a building designed primarily for the shelter of people, living things, fixtures, personal property or movable property,

...

**(v)** paving or other improvements associated with employee parking, or

...

**(b)** any structure, work, machinery or equipment that is included in Schedule II;

**(c)** any real property or immovable developed and used as a park and situated within an area defined as *urban* by Statistics Canada, as of the most recent census of the population of Canada taken by Statistics Canada, other than national parks of Canada, national marine parks of Canada, national park reserves of Canada, national marine park reserves of Canada, national historic sites of Canada, national battlefields or heritage canals;

...

**(g)** any real property or immovable developed or used as a public highway that, in the opinion of the Minister, does not provide, as its primary function, immediate access to real property or immovables owned by Her Majesty in right of Canada;

...

**Purpose**

**2.1** The purpose of this Act is to provide for the fair and equitable administration of payments in lieu of taxes.

...

**Authority to make payments**

**3 (1)** The Minister may, on receipt of an application in a form provided or approved by the Minister, make a payment out of the Consolidated Revenue Fund to a taxing authority applying for it

**Exclusions : propriété fédérale**

**(3)** Sont exclus de la définition de *propriété fédérale* au paragraphe (1) :

**a)** les constructions ou ouvrages, sauf :

**(i)** les bâtiments dont la destination première est d'abriter des êtres humains, des animaux, des plantes, des installations, des biens meubles ou des biens personnels,

[...]

**(v)** l'asphaltage des stationnements pour employés et les autres améliorations s'y rattachant,

[...]

**b)** les constructions, les ouvrages, les machines ou le matériel mentionnés à l'annexe II;

**c)** les immeubles et les biens réels aménagés en parc et utilisés comme tels dans une zone classée comme « urbaine » par Statistique Canada lors de son dernier recensement de la population canadienne, sauf les parcs nationaux du Canada, les parcs marins nationaux du Canada, les réserves à vocation de parc national du Canada ou de parc marin national du Canada, les lieux historiques nationaux, les champs de bataille nationaux et les canaux historiques;

[...]

**g)** les immeubles et les biens réels aménagés ou utilisés comme voies publiques et n'ayant pas, selon le ministre, pour fonction première de permettre l'accès direct à un immeuble ou à un bien réel appartenant à Sa Majesté du chef du Canada;

[...]

**Objet**

**2.1** La présente loi a pour objet l'administration juste et équitable des paiements versés en remplacement d'impôts.

[...]

**Paievements**

**3 (1)** Le ministre peut, pour toute propriété fédérale située sur le territoire où une autorité taxatrice est habilitée à lever et à percevoir l'un ou l'autre des impôts mentionnés aux alinéas a) et b), et sur réception d'une demande à cet

(a) in lieu of a real property tax for a taxation year,  
and

(b) in lieu of a frontage or area tax

in respect of federal property situated within the area in which the taxing authority has the power to levy and collect the real property tax or the frontage or area tax.

#### Delayed payments

(1.1) If the Minister is of the opinion that a payment under subsection (1) or part of one has been unreasonably delayed, the Minister may supplement the payment.

#### Maximum payable

(1.2) The supplement shall not exceed the product obtained by multiplying the amount not paid by the rate of interest prescribed for the purpose of section 155.1 of the *Financial Administration Act*, calculated over the period that, in the opinion of the Minister, the payment has been delayed.

#### Authority to make payments

(2) Notwithstanding anything in this Act, if real property or immovables are prescribed to be included in the definition *federal property* under paragraph 9(1)(d) or (e), a payment may be made in respect of that property for the entire taxation year in which the prescription is made.

#### Application to Schedule I corporations

(3) In respect of a corporation included in Schedule I, a payment may be made under this section only in respect of the real property or immovables of the corporation specified in that Schedule or prescribed by the Governor in Council.

#### Taxing authority

(4) For the purpose of subsection (1), a taxing authority in respect of federal property described in paragraph 2(3)(d) means a council, band or first nation referred to in any of paragraphs (b) to (e) of the definition *taxing authority* in subsection 2(1).

...

effet établie en la forme qu'il a fixée ou approuvée, verser sur le Trésor un paiement à l'autorité taxatrice :

a) en remplacement de l'impôt foncier pour une année d'imposition donnée;

b) en remplacement de l'impôt sur la façade ou sur la superficie.

#### Païement en retard

(1.1) S'il est d'avis que le versement de tout ou partie du paiement visé au paragraphe (1) a été indûment retardé, le ministre peut augmenter le montant de celui-ci.

#### Augmentation maximale

(1.2) L'augmentation ne peut dépasser le produit de la somme non versée par le taux d'intérêt fixé en vertu de l'article 155.1 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Elle couvre la période pour laquelle, selon le ministre, il y a eu retard.

#### Pouvoir

(2) La prise, au cours d'une année d'imposition, de règlements classant en vertu des alinéas 9(1)d) ou e) un immeuble ou un bien réel comme propriété fédérale permet, malgré toute autre disposition de la présente loi, le versement d'un paiement à son égard pour la totalité de l'année d'imposition.

#### Application aux personnes morales de l'annexe I

(3) Dans le cas d'une personne morale mentionnée à l'annexe I, le versement d'un paiement au titre du présent article n'est possible qu'à l'égard des immeubles ou des biens réels de la personne morale précisés à cette annexe ou désignés par règlement du gouverneur en conseil.

#### Autorité taxatrice

(4) Pour l'application du paragraphe (1), l'autorité taxatrice est, à l'égard d'une propriété fédérale visée à l'alinéa 2(3)d), le conseil, la bande ou la première nation visés à l'un des alinéas b) à e) de la définition de autorité taxatrice au paragraphe 2(1).

[...]



**Appointment of members**

**11.1 (1)** The Governor in Council shall appoint an advisory panel of at least two members from each province and territory with relevant knowledge or experience to hold office during good behaviour for a term not exceeding three years, which term may be renewed for one or more further terms. The Governor in Council shall name one of the members as Chairperson.

**Removal**

**(1.1)** A member appointed under subsection (1) may be removed for cause by the Governor in Council.

**Mandate**

**(2)** The advisory panel shall give advice to the Minister in the event that a taxing authority disagrees with the property value, property dimension or effective rate applicable to any federal property, or claims that a payment should be supplemented under subsection 3(1.1).

**Duties of Chairperson**

**(3)** The Chairperson shall supervise and direct the operation and functioning of the advisory panel.

**Establishment of divisions**

**(4)** The Chairperson may establish divisions of the advisory panel, and all or any of the powers, duties and functions of the panel may be exercised or performed by all or any of those divisions.

**Payments to members**

**(5)** Each member of the advisory panel is entitled to be paid, unless the member is employed in the federal public administration,

**(a)** remuneration in an amount fixed by the Governor in Council for each day or part of a day that the member is performing duties under this Act; and

**(b)** reasonable travel and other expenses incurred in the course of their duties under this Act while absent from their ordinary place of residence.

...

**No right conferred**

**15** No right to a payment is conferred by this Act.

...

**Comité consultatif**

**11.1 (1)** Le gouverneur en conseil constitue un comité consultatif composé d'au moins deux membres de chaque province et territoire — dont un président — possédant une formation ou une expérience pertinentes. Les membres sont nommés à titre inamovible pour un mandat renouvelable d'au plus trois ans.

**Révocation**

**(1.1)** Les membres du comité nommés en vertu du paragraphe (1) le sont sous réserve de révocation motivée par le gouverneur en conseil.

**Mandat**

**(2)** Le comité a pour mandat de donner des avis au ministre relativement à une propriété fédérale en cas de désaccord avec une autorité taxatrice sur la valeur effective, la dimension effective ou le taux effectif ou sur l'augmentation ou non d'un paiement au titre du paragraphe 3(1.1).

**Fonctions du président**

**(3)** Le président assure la direction du comité.

**Formations**

**(4)** Le président peut constituer au sein du comité des formations pouvant exercer tout ou partie des attributions du comité.

**Rémunération et frais**

**(5)** Sauf s'ils font partie de l'administration publique fédérale, les membres du comité reçoivent la rémunération fixée par le gouverneur en conseil pour les jours ou fractions de jour pendant lesquels ils accomplissent leurs fonctions et sont indemnisés des frais de déplacement et de séjour entraînés par l'accomplissement, hors de leur lieu ordinaire de résidence, de leurs fonctions.

[...]

**Absence de droit**

**15** La présente loi ne confère aucun droit à un paiement.

[...]

**SCHEDULE II**

(Section 2)

...

**2** Conveyor belts and conveyance systems other than elevators and escalators, letter sorting equipment, computers, built-in cranes, lathes, drills, printing presses and weigh scales

**3** Docks, wharves, piers, piles, dolphins, floats, breakwaters, retaining walls, jetties

...

**7** Monuments

...

**11** Roads, sidewalks, aircraft runways, paving, railway tracks

**12** Snow sheds, tunnels, bridges, dams

...

**SCHEDULE III**

(Section 2)

...

Canada Lands Company Limited

*Société immobilière du Canada limitée*

...

Any corporation

**(a)** that is wholly owned by one of the corporations listed in this Schedule

...

**SCHEDULE IV**

(Section 2)

...

**ANNEXE II**

(article 2)

[...]

**2** Tapis roulants et transporteurs autres qu'ascenseurs et escaliers mécaniques, matériel de tri du courrier, ordinateurs, grues fixes, tours, foreuses, presses à imprimer et appareils de pesage

**3** Bassins, appontements, jetées, pilotis, poteaux d'amarage, quais flottants, brise-lames, murs de soutènement, digues

[...]

**7** Monuments

[...]

**11** Chemins, trottoirs, pistes d'envol ou d'atterrissage, pavements, voies ferrées

**12** Abris contre la neige, tunnels, ponts, barrages

[...]

**ANNEXE III**

(article 2)

[...]

Société immobilière du Canada limitée

*Canada Lands Company Limited*

[...]

Toute personne morale qui, selon le cas, est propriété exclusive :

**a)** d'une des personnes morales mentionnées à la présente annexe;

[...]

**ANNEXE IV**

(article 2)

[...]

Canada Lands Company Limited	Société immobilière du Canada limitée
<i>Société immobilière du Canada limitée</i>	<i>Canada Lands Company Limited</i>
...	
Any corporation	Toute personne morale qui, selon le cas, est propriété exclusive :
(a) that is wholly owned by one of the corporations listed in this Schedule;	a) d'une des personnes morales mentionnées à la présente annexe;
<i>Constitution Act, 1867, 30 &amp; 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]</i>	<i>Loi constitutionnelle de 1867, 30 &amp; 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]</i>
<b>Exemption of Public Lands, etc.</b>	<b>Terres publiques, etc., exemptées des taxes</b>
<b>125</b> No Lands or Property belonging to Canada or any Province shall be liable to Taxation.	<b>125</b> Nulle terre ou propriété appartenant au Canada ou à aucune province en particulier ne sera sujette à la taxation.
<i>Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21</i>	<i>Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21</i>
<b>Duality of legal traditions and application of provincial law</b>	<b>Tradition bijuridique et application du droit provincial</b>
<b>8.1</b> 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.	<b>8.1</b> 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.
<b>Terminology</b>	<b>Terminologie</b>
<b>8.2</b> Unless otherwise provided by law, when an enactment contains both civil law and common law terminology, or terminology that has a different meaning in the civil law and the common law, the civil law terminology or meaning is to be adopted in the Province of Quebec and the common law terminology or meaning is to be adopted in the other provinces.	<b>8.2</b> Sauf règle de droit s'y opposant, est entendu dans un sens compatible avec le système juridique de la province d'application le texte qui emploie à la fois des termes propres au droit civil de la province de Québec et des termes propres à la common law des autres provinces, ou qui emploie des termes qui ont un sens différent dans l'un et l'autre de ces systèmes.
...	[...]

**Enactments deemed remedial**

**12** Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

*Federal Real Property and Federal Immovables Act, S.C. 1991, c. 50*

**Definitions**

**2** In this Act,

...

***immovable*** means

(a) in the Province of Quebec, an immovable within the meaning of the civil law of the Province of Quebec, and includes the rights of a lessee in respect of such an immovable, and

(b) in jurisdictions outside Canada, any property that is an immovable within the meaning of the civil law of the Province of Quebec, and includes the rights of a lessee in respect of any such property; (*immeuble*)

...

***real property*** means land in any province other than Quebec, and land outside Canada, including mines and minerals, and buildings, structures, improvements and other fixtures on, above or below the surface of the land, and includes an interest therein. (*biens réels*)

*Canada National Parks Act, S.C. 2000, c. 32*

**Parks dedicated to public**

**4 (1)** The national parks of Canada are hereby dedicated to the people of Canada for their benefit, education and enjoyment, subject to this Act and the regulations, and the parks shall be maintained and made use of so as to leave them unimpaired for the enjoyment of future generations.

...

**8** ...

**Ecological integrity**

(2) Maintenance or restoration of ecological integrity, through the protection of natural resources and natural

**Principe et interprétation**

**12** Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

*Loi sur les immeubles fédéraux et les biens réels fédéraux, L.C. 1991, ch. 50*

**Définitions**

**2** Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

***biens réels*** Dans une province autre que le Québec et à l'étranger, les biens-fonds et les intérêts afférents, y compris les mines et minéraux, bâtiments et autres ouvrages, accessoires fixes ou améliorations de surface, de sous-sol ou en surplomb. (*real property*)

[...]

***immeuble***

a) Dans la province de Québec, immeuble au sens du droit civil de la province de Québec et, par assimilation, tout droit du locataire relativement à l'immeuble;

b) à l'étranger, tout bien qui est un immeuble au sens du droit civil de la province de Québec et, par assimilation, tout droit du locataire relativement au bien. (*immovable*)

*Loi sur les parcs nationaux du Canada, L.C. 2000, ch. 32*

**Usage public des parcs**

**4 (1)** Les parcs sont créés à l'intention du peuple canadien pour son bienfait, son agrément et l'enrichissement de ses connaissances, sous réserve de la présente loi et des règlements; ils doivent être entretenus et utilisés de façon à rester intacts pour les générations futures.

[...]

**8** [...]

**Intégrité écologique**

(2) La préservation ou le rétablissement de l'intégrité écologique par la protection des ressources naturelles et

processes, shall be the first priority of the Minister when considering all aspects of the management of parks.

des processus écologiques sont la première priorité du ministre pour tous les aspects de la gestion des parcs.

*Saguenay-St. Lawrence Marine Park Act*, S.C. 1997, c. 37

*Loi sur le parc marin du Saguenay — Saint-Laurent*, L.C. 1997, ch. 37

**Purpose**

**Objet de la loi**

4 The purpose of this Act is to increase, for the benefit of the present and future generations, the level of protection of the ecosystems of a representative portion of the Saguenay River and the St. Lawrence estuary for conservation purposes, while encouraging its use for educational, recreational and scientific purposes.

4 La présente loi a pour objet de rehausser, au profit des générations actuelles et futures, le niveau de protection des écosystèmes d'une partie représentative du fjord du Saguenay et de l'estuaire du Saint-Laurent aux fins de conservation, tout en favorisant son utilisation à des fins éducatives, récréatives et scientifiques.

*Canada Marine Act*, S.C. 1998, c. 10

*Loi maritime du Canada*, L.C. 1998, ch. 10

**Application of Part**

**Application de la présente partie**

6 (1) This Part applies to every port authority set out in the schedule and to every port authority for which letters patent of incorporation are issued or that has been continued under this Part and that has not been dissolved.

6 (1) La présente partie s'applique aux administrations portuaires inscrites à l'annexe et à celles pour lesquelles des lettres patentes ont été délivrées ou qui ont été prorogées sous le régime de la présente partie et n'ont pas été dissoutes.

...

[...]

**Agent of Her Majesty**

**Mandataire de Sa Majesté : administration portuaire**

7 (1) Subject to subsection (3), a port authority is an agent of Her Majesty in right of Canada only for the purposes of engaging in the port activities referred to in paragraph 28(2)(a).

7 (1) Sous réserve du paragraphe (3), les administrations portuaires ne sont mandataires de Sa Majesté du chef du Canada que dans le cadre des activités portuaires visées à l'alinéa 28(2)a.

...

[...]

**SCHEDULE**

**ANNEXE**

(Section 6 and subsection 12(1))

(article 6 et paragraphe 12(1))

...

[...]

4 Montreal Port Authority

4 Administration portuaire de Montréal

*Crown Corporation Payments Regulations*, SOR/81-1030

*Règlement sur les paiements versés par les sociétés d'état*, DORS/81-1030

**General**

**Dispositions générales**

5 In this Part, *corporation* means, in respect of any payment that may be made by it, every corporation included in Schedule III or IV to the Act.

5 Dans la présente partie, *société* s'entend, à l'égard de tout paiement qu'elle peut verser, de toute société mentionnée aux annexes III ou IV de la Loi.

6 The payment made by a corporation in lieu of a real property tax or frontage or area tax in respect of any corporation property that would be federal property if it were under the management, charge and direction of a minister of the Crown is made without any condition, in an amount that is not less than the amount referred to in sections 7 to 11.

*Interim Payments and Recovery of Overpayments Regulations, SOR/81-226*

**Interim Payments**

3 When, in respect of an application made by a taxing authority under section 3 of the Act, a final determination of the amount of the payment cannot be made within 50 days after receipt of the application, or within 90 days in the case of an application made for the first time, the Minister may

(a) estimate, on the basis of the information available to the Minister, the amount that may be paid to the taxing authority under section 3 of the Act; and

(b) make an interim payment to the taxing authority in an amount that does not exceed the amount referred to in paragraph (a).

**Recovery of Overpayments**

4 If any payment made to a taxing authority under the Act or these Regulations is greater than the amount that may be paid to the taxing authority under section 3 of the Act, the amount of the overpayment and interest on that amount prescribed for the purpose of section 155.1 of the *Financial Administration Act* may be

(a) set off against other payments that may otherwise be paid to the taxing authority under section 3 of the Act or these Regulations; or

(b) recovered as a debt due to Her Majesty in right of Canada by the taxing authority.

**B. Provincial acts and regulations**

*Act respecting Municipal Taxation, CQLR, c. F-2.1*

46. For the purposes of establishing the actual value used as a basis for the value entered on the roll, the condition of the unit of assessment on 1 July of the second fiscal year preceding the first of the fiscal years for which the roll is made, the property market conditions on that date

6 Le paiement effectué par une société en remplacement de l'impôt foncier ou de l'impôt sur la façade ou sur la superficie à l'égard d'une propriété qui serait une propriété fédérale si un ministre fédéral en avait la gestion, la charge et la direction n'est assorti d'aucune condition et ne doit pas être inférieur aux sommes visées aux articles 7 et 11.

*Règlement sur les versements provisoires et les recouvrements, DORS/81-226*

**Versements provisoires**

3 S'il est impossible de déterminer de façon définitive le montant du paiement dans les cinquante jours suivant la réception de la demande présentée en vertu de l'article 3 de la Loi par l'autorité taxatrice ou, dans le cas de la demande présentée pour la première fois, dans les quarante-dix jours suivant sa réception, le ministre peut :

a) estimer, en se fondant sur les renseignements dont il dispose, la somme pouvant être versée à l'autorité taxatrice en vertu de cet article;

b) faire, à l'égard du paiement, un versement provisoire ne dépassant pas la somme visée à l'alinéa a).

**Recouvrement de trop-perçu**

4 Si le montant d'un paiement versé à une autorité taxatrice au titre de la *Loi ou du présent règlement* est plus élevé que ce qui aurait dû être versé en vertu de l'article 3 de la Loi, le trop-perçu et les intérêts fixés en vertu de l'article 155.1 de la *Loi sur la gestion des finances publiques* peuvent être, selon le cas :

a) portés en diminution de tout autre paiement pouvant être versé à l'autorité taxatrice en vertu de cet article ou du présent règlement;

b) recouvrés à titre de créance de Sa Majesté du chef du Canada.

**B. Lois et règlements provinciales**

*Loi sur la fiscalité municipale, RLRQ, ch. F-2.1*

46. Aux fins d'établir la valeur réelle qui sert de base à la valeur inscrite au rôle, on tient compte de l'état de l'unité d'évaluation et des conditions du marché immobilier tels qu'ils existent le 1er juillet du deuxième exercice financier qui précède le premier de ceux pour lesquels le rôle

and the most likely use made of the unit on that date are taken into account.

However, where an event referred to in any of paragraphs 6 to 8, 12, 12.1, 18 or 19 of section 174 occurs after the date determined under the first paragraph, the condition of the unit of assessment taken into account is the condition existing immediately after the event, regardless of any change in the condition of the unit since the date determined under the first paragraph, arising from a cause other than an event referred to in the abovementioned paragraphs. The most likely use taken into account in such a case is the use inferred from the condition of the unit.

The condition of a unit includes, in addition to its physical condition, its economic and legal situation, subject to section 45.1, as well as its physical surroundings.

Where the unit for which an actual value is being established does not correspond to any unit on the roll in force on the applicable date under the first or second paragraph, the immovables that existed on that date and that form part of the unit for which the actual value is being established are deemed to have constituted the corresponding unit on that date.

For the purposes of determining market conditions on the date contemplated in the first paragraph, the information relating to transfers of ownership that have occurred before and after that date, may, in particular, be taken into account.

...

**204.** The following are exempt from all municipal or school property taxes:

(1) an immovable included in a unit of assessment entered on the roll in the name of the State or of the Société québécoise des infrastructures;

(1.1) an immovable included in a unit of assessment entered on the roll in the name of the Crown in right of Canada or a mandatary thereof;

...

**208.** Where an immovable that is not taxable under paragraph 1 or 1.1 of section 204 is occupied by a person other than a person referred to in that section or a corporation that is a mandatary of the State, unless its owner is the Société québécoise des infrastructures, the property

est fait, ainsi que de l'utilisation qui, à cette date, est la plus probable quant à l'unité.

Toutefois, lorsque survient, après la date déterminée en application du premier alinéa, un événement visé à l'un des paragraphes 6° à 8°, 12°, 12.1°, 18° et 19° de l'article 174, l'état de l'unité d'évaluation dont on tient compte est celui qui existe immédiatement après l'événement, abstraction faite de tout changement dans l'état de l'unité, produit depuis la date déterminée en application du premier alinéa, par une autre cause qu'un événement visé à un tel paragraphe. L'utilisation la plus probable qui est prise en considération est alors celle qui découle de l'état de l'unité dont on tient compte.

L'état de l'unité comprend, outre son état physique, sa situation au point de vue économique et juridique, sous réserve de l'article 45.1, et l'environnement dans lequel elle se trouve.

Lorsque l'unité dont on établit la valeur réelle ne correspond à aucune unité du rôle qui était en vigueur à la date applicable en vertu du premier ou du deuxième alinéa, les immeubles qui existaient à cette date et qui font partie de l'unité dont on établit la valeur réelle sont réputés avoir constitué l'unité correspondante à cette date.

Aux fins de déterminer les conditions du marché à la date visée au premier alinéa, on peut notamment tenir compte des renseignements relatifs aux transferts de propriété survenus avant et après cette date.

[...]

**204.** Sont exempts de toute taxe foncière, municipale ou scolaire :

1° un immeuble compris dans une unité d'évaluation inscrite au nom de l'État ou de la Société québécoise des infrastructures;

1.1° un immeuble compris dans une unité d'évaluation inscrite au nom de la Couronne du chef du Canada ou d'un mandataire de celle-ci;

[...]

**208.** Lorsqu'un immeuble non imposable en vertu du paragraphe 1° ou 1.1° de l'article 204 est occupé par un autre qu'une personne mentionnée à cet article ou qu'une société qui est mandataire de l'État, sauf si son propriétaire est la Société québécoise des infrastructures, les taxes

taxes to which that immovable would be subject without that exemption are levied on the lessee or, if there is no lessee, on the occupant, and are payable by the lessee or occupant. However, that rule does not apply in the case of an immovable referred to in paragraph 1.1 of section 204 where, according to the legislation of the Parliament of Canada relating to subsidies to municipalities that are to stand in lieu of property taxes, and according to the instruments made under that legislation, such a subsidy is paid in respect of the immovable notwithstanding its being occupied as described in this paragraph.

Where an immovable contemplated in another paragraph of section 204, except paragraph 10, is occupied by a person other than a person referred to in that section, it becomes taxable and the property taxes to which it is subject are levied on the lessee or, if there is no lessee, on the occupant, and are payable by the lessee or occupant. That rule also applies in the case of an immovable referred to in subparagraph 1 of the second paragraph of section 255 or in the fifth paragraph of that section.

The exemptions provided for in the first and second paragraphs and applicable to the lessee or occupant of an immovable referred to in section 204 apply to the Caisse de dépôt et placement du Québec or one of its subsidiaries referred to in section 88.15 of the *Transport Act* (chapter T-12) where the Caisse de dépôt et placement du Québec or the subsidiary is the lessee or occupant of an immovable referred to in those paragraphs but only if it carries on an activity related to the construction or management of the shared transportation infrastructure that is the subject of an agreement entered into under section 88.10 of that Act.

The taxation rules set out in the first and second paragraphs do not apply where the lessee or occupant of an immovable that is the subject of an agreement entered into under section 88.10 of the *Transport Act* is

(1) a limited partnership, where the Government or a mandatary of the State holds 10% or more of the instruments of the partnership's common stock and the general partner is a business corporation with respect to which the Government or such a mandatary may exercise 10% or more of the voting rights conferred by the shares issued by that corporation, which limited partnership leases or occupies the immovable to carry on an activity related to the construction or management of the shared transportation infrastructure that is the subject of an agreement entered into under section 88.10 of that Act; or

foncieres auxquelles cet immeuble serait assujéti sans cette exemption sont imposées au locataire ou, à défaut, à l'occupant, et sont payables par lui. Toutefois, cette règle ne s'applique pas dans le cas d'un immeuble visé au paragraphe 1.1° de l'article 204 lorsque, suivant la législation du Parlement du Canada relative aux subventions aux municipalités pour tenir lieu des taxes foncières et selon les actes pris en vertu de cette législation, une telle subvention est versée à l'égard de l'immeuble malgré l'occupation visée au présent alinéa dont il fait l'objet.

Lorsqu'un immeuble visé par un autre paragraphe de l'article 204, hormis le paragraphe 10°, est occupé par un autre qu'une personne mentionnée à cet article, il devient imposable et les taxes foncières auxquelles il est assujéti sont imposées au locataire ou, à défaut, à l'occupant, et sont payables par lui. Cette règle s'applique également dans le cas d'un immeuble visé au paragraphe 1° du deuxième alinéa de l'article 255 ou au cinquième alinéa de cet article.

Les exemptions prévues aux premier et deuxième alinéas qui sont applicables au locataire ou à l'occupant d'un immeuble mentionné à l'article 204 s'appliquent à la Caisse de dépôt et placement du Québec ou à une de ses filiales visées à l'article 88.15 de la *Loi sur les transports* (chapitre T-12) lorsque celle-ci est locataire ou occupante d'un immeuble visé à ces alinéas uniquement si elle exerce une activité liée à la réalisation ou à la gestion de l'infrastructure de transport collectif ayant fait l'objet d'une entente conclue en vertu de l'article 88.10 de cette loi.

Les règles d'imposition prévues aux premier et deuxième alinéas ne s'appliquent pas lorsque le locataire ou l'occupant d'un immeuble ayant fait l'objet d'une entente conclue en vertu de l'article 88.10 de la *Loi sur les transports* est l'un des suivants :

1° une société en commandite, lorsque, à la fois, le gouvernement ou un mandataire de l'État détient 10% ou plus des titres de son fonds commun et le commandité est une société par actions à l'égard de laquelle le gouvernement ou un tel mandataire a la faculté d'exercer 10% ou plus des droits de vote que confèrent les actions émises par cette société, qui loue ou occupe l'immeuble aux fins d'exercer une activité liée à la réalisation ou à la gestion de l'infrastructure de transport collectif ayant fait l'objet d'une entente conclue en vertu de l'article 88.10 de cette loi;



(2) a contracting party of the Caisse de dépôt et placement du Québec, of one of its subsidiaries referred to in section 88.15 of that Act or of a person referred to in subparagraph 1, which contracting party leases or occupies the immovable to carry on, on behalf of the person, an activity related to the construction or management of the shared transportation infrastructure that is the subject of an agreement entered into under section 88.10 of that Act.

The immovable is entered in the name of the person who must pay the property tax.

Where the value of a part of an immovable referred to in any of paragraphs 13 to 17 of section 204 that is occupied by a person other than a person referred to in that section or, as the case may be, the total value of the aggregate of those parts is less than the lesser of \$50,000 and the amount equal to 10% of the value of the immovable, the second and fifth paragraphs of this section do not apply, notwithstanding section 2, to such a part. That rule also applies in the case of an immovable referred to in the second sentence of the second paragraph.

Where the value of an immovable referred to in paragraph 3 of section 204 and occupied by a person other than a person mentioned in that section is less than \$50,000, the second and fifth paragraphs of this section do not apply to that immovable. The same applies, notwithstanding section 2, where the value of the part so occupied of an immovable referred to in that paragraph is less than that amount.

For the purposes of the first five paragraphs, a person residing in a dwelling is not deemed to be the lessee of the dwelling or to occupy it and the person who administers the dwelling but does not reside in it is deemed to occupy it.

Notwithstanding the first four paragraphs, where recognition has been granted under the second paragraph of section 243.3 and is in force in respect of the immovable, the recognized lessee or occupant is exempt from the payment of property taxes.

*By-law Concerning Property Taxes on Parking Lots*, Council of the City of Montréal, Fiscal Year 2013, 12-057, adopted on December 17, 2012; Fiscal Year 2014, 14-008, adopted on February 24, 2014; Fiscal Year 2015, 14-046, adopted on December 10, 2014; Fiscal Year 2016, 15-093, adopted on December 9, 2015; Fiscal Year 2017, 16-067, adopted on December 14, 2016 (note: The wording of

2° le cocontractant de la Caisse, de l'une de ses filiales visées à l'article 88.15 de cette loi ou d'une personne mentionnée au paragraphe 1°, qui loue ou occupe l'immeuble aux fins d'exercer, pour cette dernière, une activité liée à la réalisation ou à la gestion de l'infrastructure de transport collectif ayant fait l'objet d'une entente conclue en vertu de l'article 88.10 de cette loi.

L'immeuble est inscrit au nom de celui qui doit payer les taxes foncières.

Lorsque la valeur de la partie d'un immeuble visé à l'un des paragraphes 13° à 17° de l'article 204 qui est occupée par quelqu'un d'autre qu'une personne mentionnée à cet article ou, selon le cas, la valeur totale de l'ensemble de telles parties est inférieure au moins élevé entre 50 000 \$ et le montant correspondant à 10% de la valeur de l'immeuble, les deuxième et cinquième alinéas du présent article ne s'appliquent pas, malgré l'article 2, à une telle partie. Cette règle s'applique également dans le cas d'un immeuble visé à la deuxième phrase du deuxième alinéa.

Lorsque la valeur d'un immeuble visé au paragraphe 3° de l'article 204 et occupé par quelqu'un d'autre qu'une personne mentionnée à cet article est inférieure à 50 000 \$, les deuxième et cinquième alinéas du présent article ne s'appliquent pas à cet immeuble. Il en est de même, malgré l'article 2, lorsque la valeur de la partie ainsi occupée d'un immeuble visé à ce paragraphe est inférieure à ce montant.

Pour l'application des cinq premiers alinéas, la personne qui réside dans un logement n'est pas réputée en être le locataire ni l'occuper et celle qui l'administre sans y résider est réputée l'occuper.

Malgré les quatre premiers alinéas, lorsque l'immeuble est visé par une reconnaissance en vigueur et prévue au deuxième alinéa de l'article 243.3, le locataire ou l'occupant reconnu est exempté du paiement des taxes foncières.

*Règlement concernant la taxe foncière sur les parcs de stationnement*, Conseil de la Ville de Montréal, Exercice financier 2013, 12-057, adopté le 17 décembre 2012; Exercice financier 2014, 14-008, adopté le 24 février 2014; Exercice financier 2015, 14-046, adopté le 10 décembre 2014; Exercice financier 2016, 15-093, adopté le 9 décembre 2015; Exercice financier 2017, 16-067, adopté

section 11 remained unchanged from 2012 to 2017, except for the addition of Sector C as of Fiscal Year 2013)

**11.** A property tax on parking lots, at the rates shown below, is imposed and levied on and for any immovable forming part of a unit assessment belonging to a category of non-residential immovables, entered on the property assessment roll, that contains a parking lot or part of such a lot, and that is situated in sector A, B or C.

*Civil Code of Québec*, CQLR, c. CCQ-1991

**900.** Land, and any constructions and works of a permanent nature located thereon and anything forming an integral part thereof, are immovables.

Plants and minerals, as long as they are not separated or extracted from the land, are also immovables. Fruits and other products of the soil may be considered to be movables, however, when they are the object of an act of disposition.

*Cities and Towns Act*, CQLR, c. C-19

**500.1** Every municipality may, by by-law, impose a municipal tax in its territory, provided it is a direct tax and the by-law meets the criteria set out in the fourth paragraph.

The municipality is not authorized to impose the following taxes:

- (1) a tax in respect of the supply of a property or a service;
- (2) a tax on income, revenue, profits or receipts, or in respect of similar amounts;
- (3) a tax on paid-up capital, reserves, retained earnings, contributed surplus or indebtedness, or in respect of similar amounts;
- (4) a tax in respect of machinery and equipment used in scientific research and experimental development or in manufacturing and processing or in respect of any assets used to enhance productivity, including computer hardware and software;

le 14 décembre 2016 (note : Le libellé de l'article 11 est le même de 2012 à 2017, si ce n'est du secteur C qui a été ajouté à compter de l'exercice financier 2013)

**11.** Il est imposé et il sera prélevé sur et à l'égard de tout immeuble imposable faisant partie d'une unité d'évaluation appartenant à la catégorie des immeubles non résidentiels, inscrit au rôle d'évaluation foncière, qui comporte un parc de stationnement ou une partie d'un tel parc et qui est situé dans l'un des secteurs A, B ou C, une taxe foncière sur les parcs de stationnement aux taux fixés ci-après :

*Code civil du Québec*, RLRQ, ch. CCQ-1991

**900.** Sont immeubles les fonds de terre, les constructions et ouvrages à caractère permanent qui s'y trouvent et tout ce qui en fait partie intégrante.

Le sont aussi les végétaux et les minéraux, tant qu'ils ne sont pas séparés ou extraits du fonds. Toutefois, les fruits et les autres produits du sol peuvent être considérés comme des meubles dans les actes de disposition dont ils sont l'objet.

*Loi sur les cités et villes*, RLRQ, ch. C-19

**500.1** Toute municipalité peut, par règlement, imposer sur son territoire toute taxe municipale, pourvu qu'il s'agisse d'une taxe directe et que ce règlement satisfasse aux critères énoncés au quatrième alinéa.

La municipalité n'est pas autorisée à imposer les taxes suivantes :

- 1° une taxe à l'égard de la fourniture d'un bien ou d'un service;
- 2° une taxe sur le revenu, les recettes, les bénéfices, les encaissements ou à l'égard de montants semblables;
- 3° une taxe sur le capital versé, les réserves, les bénéfices non répartis, les surplus d'apport, les éléments de passif ou à l'égard de montants semblables;
- 4° une taxe à l'égard des machines et du matériel utilisés dans le cadre d'activités de recherche scientifique et de développement expérimental ou de fabrication et de transformation et à l'égard de tout élément d'actif servant à accroître la productivité, notamment le matériel et les logiciels informatiques;

(5) a tax in respect of remuneration that an employer pays or must pay for services, including non-monetary remuneration that the employer confers or must confer;

5° une taxe à l'égard d'une rémunération qu'un employeur verse ou doit verser pour des services, y compris une rémunération non monétaire que l'employeur confère ou doit conférer;

(6) a tax on wealth, including an inheritance tax;

6° une taxe sur la fortune, y compris des droits de succession;

(7) a tax on an individual because the latter is present or resides in the territory of the municipality;

7° une taxe relative à la présence ou à la résidence d'un particulier sur le territoire de la municipalité;

(8) a tax in respect of alcoholic beverages within the meaning of section 2 of the *Act respecting offences relating to alcoholic beverages* (chapter I-8.1);

8° une taxe à l'égard des boissons alcooliques au sens de l'article 2 de la *Loi sur les infractions en matière de boissons alcooliques* (chapitre I-8.1);

(9) a tax in respect of tobacco or raw tobacco within the meaning of section 2 of the *Tobacco Tax Act* (chapter I-2);

9° une taxe à l'égard du tabac ou du tabac brut au sens de l'article 2 de la *Loi concernant l'impôt sur le tabac* (chapitre I-2);

(10) a tax in respect of fuel within the meaning of section 1 of the *Fuel Tax Act* (chapter T-1);

10° une taxe à l'égard d'un carburant au sens de l'article 1 de la *Loi concernant la taxe sur les carburants* (chapitre T-1);

(10.1) a tax in respect of cannabis within the meaning of section 2 of the *Cannabis Act* (S.C. 2018, c. 16);

10.1° une taxe à l'égard du cannabis au sens de l'article 2 de la *Loi sur le cannabis* (L.C. 2018, c. 16);

(11) a tax in respect of a natural resource;

11° une taxe à l'égard d'une ressource naturelle;

(12) a tax in respect of energy, in particular electric power; or

12° une taxe à l'égard de l'énergie, notamment l'électricité;

(13) a tax collected from a person who uses a public highway within the meaning of section 4 of the *Highway Safety Code* (chapter C-24.2), in respect of equipment placed under, on or above a public highway to provide a public service.

13° une taxe prélevée auprès d'une personne qui utilise un chemin public, au sens de l'article 4 du *Code de la sécurité routière* (chapitre C-24.2), à l'égard de matériel placé sous ou sur le chemin public, ou au-dessus de celui-ci, pour fournir un service public.

For the purposes of subparagraph 1 of the second paragraph, “property”, “supply” and “service” have the meanings assigned to them by the Act respecting the *Québec sales tax* (chapter T-0.1).

Pour l'application du paragraphe 1° du deuxième alinéa, les expressions « bien », « fourniture » et « service » ont le sens que leur donne la *Loi sur la taxe de vente du Québec* (chapitre T-0.1).

The by-law referred to in the first paragraph must state

Le règlement visé au premier alinéa doit remplir les conditions suivantes :

(1) the subject of the tax to be imposed;

1° il doit indiquer l'objet de la taxe qui doit être imposée;

(2) the tax rate or the amount of tax payable; and

2° il doit indiquer soit le taux de la taxe, soit le montant de la taxe à payer;

(3) how the tax is to be collected and the designation of any persons authorized to collect the tax as agents for the municipality.

3° il doit indiquer le mode de perception de la taxe, y compris la désignation des personnes qui sont autorisées à la percevoir à titre de mandataires de la municipalité.

The by-law referred to in the first paragraph may prescribe

Le règlement visé au premier alinéa peut prévoir ce qui suit :

- (1) exemptions from the tax;
- (2) penalties for failing to comply with the by-law;
- (3) collection fees and fees for insufficient funds;
- (4) interest and specific interest rates on outstanding taxes, penalties or fees;
- (5) assessment, audit, inspection and inquiry powers;
- (6) refunds and remittances;
- (7) the keeping of registers;
- (8) the establishment and use of dispute resolution mechanisms;
- (9) the establishment and use of enforcement measures if a portion of the tax, interest, penalties or fees remains unpaid after it is due, including measures such as garnishment, seizure and sale of property;
- (10) considering the debt for outstanding taxes, including interest, penalties and fees, to be a prior claim on the immovables or movables in respect of which it is due, in the same manner and with the same rank as the claims described in paragraph 5 of article 2651 of the Civil Code, and creating and registering a security by a legal hypothec on the immovables or movables; and
- (11) criteria according to which the rate and the amount of the tax payable may vary.

- 1° des exonérations de la taxe;
- 2° des pénalités en cas de contravention au règlement;
- 3° des frais de recouvrement et des frais pour provision insuffisante;
- 4° des intérêts, y compris le taux, sur la taxe, les pénalités et les frais impayés;
- 5° des pouvoirs de cotisation, de vérification, d'inspection et d'enquête;
- 6° des remboursements et des remises;
- 7° la tenue de registres;
- 8° la mise en œuvre et l'utilisation de mécanismes de règlement de différends;
- 9° la mise en œuvre et l'utilisation de mesures d'exécution si un montant de la taxe, des intérêts, des pénalités ou des frais demeure impayé après sa date d'échéance, notamment la saisie-arrêt, la saisie et la vente des biens;
- 10° l'assimilation de la créance pour taxe impayée, y compris les intérêts, les pénalités et les frais, à une créance prioritaire sur les immeubles ou meubles en raison de laquelle elle est due, au même titre et selon le même rang que les créances visées au paragraphe 5° de l'article 2651 du Code civil, de même que la création et l'inscription d'une sûreté par une hypothèque légale sur ces immeubles ou sur ces meubles, selon le cas;
- 11° tout critère en fonction duquel le taux de la taxe ou le montant de la taxe à payer peut varier.

*Charter of Ville de Montréal, metropolis of Québec, CQLR, c. C-11.4*

*Charte de la Ville de Montréal, métropole du Québec, RLRQ, ch. C-11.4*

**151.9.** The city is not authorized to impose a tax under section 151.8 in respect of any of the following:

**151.9.** La ville n'est pas autorisée à imposer une taxe en vertu de l'article 151.8 à l'égard des personnes suivantes :

(1) the State, the Crown in right of Canada or one of their mandataries;

l° l'État, la Couronne du chef du Canada ou l'un de leurs mandataires;

[...]

*Compendium of tariffs of private transportation by taxi*, R.R.Q. c. S-6.01, r. 4

*Recueil des tarifs du transport privé par taxi*, R.R.Q., ch. S-6.01, r. 4

**8.** The price of a trip between the airport and downtown Montréal, whatever the number of passengers, is as follows:

**8.** Le prix d'une course entre l'aéroport et le centre-ville de Montréal, peu importe le nombre de passagers, est le suivant :

...

[...]

For the purpose of this section, downtown Montréal is bounded as follows:

Pour l'application du présent article, le centre-ville de Montréal est délimité comme suit :

— westward: Avenue Atwater to the Lachine Canal; the Lachine Canal to the foot of Rue de Condé; Rue de Condé to Rue Saint-Patrick; Rue Saint-Patrick eastward to Rue Bridge; Rue Bridge to the Victoria Bridge;

— à l'ouest : l'avenue Atwater jusqu'au canal Lachine; le canal Lachine jusqu'au pied de la rue de Condé; la rue de Condé jusqu'à la rue Saint-Patrick; la rue Saint-Patrick, vers l'est, jusqu'à la rue Bridge; la rue Bridge jusqu'au pont Victoria;

— eastward: Avenue Papineau;

— à l'est : l'avenue Papineau;

— southward: the St. Lawrence River;

— au sud : le fleuve Saint-Laurent;

— northward: Avenue des Pins; Rue Saint-Denis, from Avenue des Pins to Rue Cherrier; Rue Cherrier, from Rue Saint-Denis to Rue Sherbrooke; Rue Sherbrooke, from Rue Cherrier to Avenue Papineau.

— au nord : l'avenue des Pins; la rue Saint-Denis, de l'avenue des Pins à la rue Cherrier; la rue Cherrier, de la rue Saint-Denis à la rue Sherbrooke; la rue Sherbrooke, de la rue Cherrier à l'avenue Papineau.

Houses and buildings on either side of bordering streets are part of downtown Montréal.

Les maisons et édifices de chaque côté des rues limitrophes font partie du centre-ville de Montréal.

# 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.*

---

## AIR LAW

*See also: Practice*

Judicial review of respondent Minister of Transport's decision refusing to issue or amend Canadian aviation document (CAD) because applicant failed Line Operational Evaluation (LOE) in June 2018 to renew his qualifications as Airbus A320 pilot — Applicant successfully undertook other LOE in July 2018 thereby maintaining his qualifications — Transportation Appeal Tribunal of Canada (TATC) found in September 2019 that termination of LOE not justified, that refusal notice should not have been issued — Referred matter back to respondent for reconsideration — Respondent on reconsideration found failing grade appropriate, maintained original refusal to issue or amend CAD based on failure of June 2018 LOE — Minister arguing present application moot — Whether application moot; if so, whether Court should exercise its discretion to nonetheless hear application on its merits — Present matter moot — Applicant completed successful LOE before expiration of last successful LOE — Therefore obtaining necessary CAD to allow him to continue flying as A320 captain without interruption — Not demonstrated herein that decision from Court regarding prior unsuccessful LOE having any practical effect on applicant's rights or reputation — Not appropriate case to exercise discretion herein to hear moot application for judicial review — Respondent's decision at issue reviewable by TATC under *Aeronautics Act*, R.S.C., 1985, c. A-2, s. 6.72 — As general rule, Court declining to hear application for judicial review where applicant having adequate alternative remedy, including through pursuit of administrative process such as administrative appeal or review — Here, central issues raised involved, *inter alia*, role of respondent on reconsideration, interplay between TATC review decision and respondent's authority on reconsideration — Availability of review by TATC relevant factor speaking against hearing this moot application on its merits — Parties concerned that review by TATC reconsideration decision might end up in repetitive loop of disagreement given TATC's power to refer back for reconsideration, respondent's power to reconsider — This alone not meaning that discretion should be exercised to hear judicial review when review by TATC available — Whether respondent set out adequate grounds to depart from TATC's decision with respect to applicant's LOE is something that should be addressed by TATC — Application dismissed.

DINAN V. CANADA (TRANSPORT) (T-621-21, 2022 FC 106, McHaffie J., reasons for judgment dated January 31, 2022, 20 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

#### *Inadmissible Persons*

Judicial review of decision of visa officer with High Commission of Canada in New Delhi refusing applicant's application for study permit, finding him to be inadmissible due to misrepresentation, pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 40(1)(a), 42(1)(a) — Applicant submitted application for study permit made outside Canada which included his Central Board of Secondary Education results — Advised in writing by High Commission that applicant's Indian School Certificate Exam documents not matching upon verification with authorities (Procedural Fairness Letter); was concerned that he had misrepresented material facts concerning his educational qualifications — Letter further advised that if it was found that

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

applicant had engaged in misrepresentation in submitting his application for study permit, he may be found to be inadmissible under Act, s. 40(1)(a); that such finding would render applicant inadmissible to Canada for period of five years according to Act, s. 40(2)(a) — Applicant given 30 days to respond to Procedural Fairness Letter [2] — Applicant's representative, immigration consulting firm, responded to Procedural Fairness Letter; stated that applicant had provided his former immigration consultant with copy of his original secondary school certificate but that former consultant had, without applicant's knowledge, changed graduating marks — Representative also stated that applicant had not been given copy of submitted study permit application but when he learned of problem, he contacted his prior consultant who confessed to altering school records; that applicant gave statement to police, a copy of which was attached to the representative's letter — Also attached to representative's letter was "Affidavit of Support" of applicant which apparently established that misrepresentation was not within applicant's control — Visa officer advised applicant in writing that his study permit application had been refused on grounds that he had been found inadmissible to Canada in accordance with Act, s. 40(1)(a) for directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to relevant matter that induced or could induce error in administration of Act — Pursuant to s. 40(2)(a), applicant would remain inadmissible to Canada for period of five years — Further, letter indicating that applicant submitted documentation that lacked authenticity as part of his application, that this diminished overall credibility of his submission — Whether visa officer's decision reasonable — Applicant submitted that visa officer erred by failing to consider whether alleged misrepresentation was honestly, reasonably made; whether it fell within narrow innocent misrepresentation exception as set out in *Medel v Canada (Employment and Immigration)*, [1990] 2 FC 345 — Applicant also submitted that he did not know that his former consultant had submitted fraudulent grades, that visa officer erred in failing to consider totality of evidence in making finding of misrepresentation, that visa officer ignored complaint applicant claimed to have made to police supporting applicant's submission that he was victim of deceit. — Case law pertaining to Act, s. 40(1)(a) previously summarized — Section 40(1)(a) is to be given broad interpretation in order to promote its underlying purpose: its objective being to deter misrepresentation, maintain integrity of immigration process — To accomplish this, onus is placed on applicant to ensure completeness, accuracy of their application; applicant having continuing duty of candour to provide complete, honest, truthful information when applying for entry into Canada — Exception to s. 40(1)(a) is narrow, applies only to truly extraordinary circumstances where applicant honestly, reasonably believed that they were not misrepresenting material fact, that knowledge of misrepresentation was beyond applicant's control, i.e. applicant subjectively unaware that they were withholding information — Here, applicant not disputing that misrepresentation occurred, submitted that he provided his original grades document to this former consultant, did not know that his former consultant had submitted fraudulent grades document after applicant signed his application; that this knowledge was beyond his control — When considering whether individual to be found inadmissible pursuant to Act, s. 40(1)(a), applicant must have acted with subjective intent, i.e. knowledge of misrepresentation — General rule is that misrepresentation can occur without applicant's knowledge; that s. 40 applying to applicant where misrepresentation was made by another party to application, applicant having no knowledge of it — With respect to innocent misrepresentation exception, problem in present case was that response to Procedural Fairness Letter stated that applicant not aware that his former consultant had changed original graduating marks, which applicant had provided to consultant, because he had already signed forms prior to this change being made — Further, applicant not given copy of application when it was submitted — Had visa officer found, based on record, that applicant's explanation for misrepresentation not supported by evidence, then visa officer may not have been required to consider innocent misrepresentation exception — However, although explanation offered in response to Procedural Fairness Letter clearly raised issue of innocent misrepresentation exception, visa officer made no finding as to whether exception applied, rejected applicant's explanation solely on basis that applicant solely responsible for his application — Visa officer entitled to give brief reasons when deciding study permit visa application as long as those reasons are responsive to factual matrix put before them — In present case, was not apparent from visa officer's reasons that they considered applicant's submissions; having done so, rejected applicant's explanation on basis that explanation not supported by evidence or otherwise — Visa officer not referring to complaint to police or applicant's affidavit; their analysis began, ended when finding that applicant solely responsible for his application — Because visa officer found that applicant solely responsible for his application, did not consider whether misrepresentation was innocent or if exception had application — Had to determine whether visa officer should at least have considered whether exception applying — If not, visa officer required to justify that determination — Despite concerns regarding submissions made on behalf of, by applicant, lack of evidence supporting some submissions, visa officer made no assessment of, or findings with respect to, applicant's submissions — Also, did not make any determination that innocent misrepresentation exception having no application — Therefore, visa officer erred in failing to consider whether innocent misrepresentation exception had application in matter before them — Application allowed.

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

## STATUS IN CANADA

*Permanent Residents*

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division (IAD) decision determining that applicant failed to comply with permanent residency requirements under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 28 — IAD also found that insufficient humanitarian, compassionate (H&C) considerations existing to warrant special relief pursuant to Act, s. 67(1)(c) — Applicant submitted that IAD's decision unreasonable because misconstruing evidence, failed to account for relevant, material evidence — Applicant further submitted that IAD breached her right to procedural fairness — Applicant, 34-year-old national of Fiji — Employed as health care aide at long-term care facility for senior residents in Alberta — First came to Canada in 2007 as international student; successfully completed provincial Health Care Aide Program in May 2008, after which she obtained post-graduate work permit (PGWP), worked as nursing assistant — Applicant returned to Fiji prior to expiry of her PGWP in June 2009 — In March 2014, applicant received permanent resident (PR) status in Canada — Visited boyfriend in United States (U.S.), then married him there in 2016 — Applicant's husband permanent resident of U.S. — Sponsored applicant — Applicant retaining U.S. immigration lawyer to apply for lawful permanent resident (LPR) status in U.S. — Applicant apparently advised by U.S. Lawyer not to leave U.S. to return to Canada — Later, applicant's LPR status application denied — When applicant returned to Canada, issued report under Act, s. 44(1) since found that reasonable grounds to believe applicant inadmissible to Canada for failing to comply with residency obligation under Act, s. 28, which requires applicant to be physically present in Canada for at least 730 days within every five-year period — After, applicant issued departure order for being inadmissible to Canada for non-compliance with residency obligations — At IAD hearing, applicant conceded she had failed to comply with residency requirements to maintain her Canadian PR status but sought H&C considerations from IAD on grounds she had not returned to Canada sooner due to poor legal advice; that she would face hardship if she were to lose her Canadian PR status — In decision under appeal, IAD considered, in particular, applicant's initial, continuing establishment in Canada, her ties to Canada, reasons for leaving Canada, etc. — IAD also considered fact applicant believed she could not return to Canada without jeopardizing her U.S. immigration process, as well as extent of any hardship applicant would face in Fiji — Finally, IAD considered applicant's efforts to put her professional, educational background to use in health care field during COVID-19 pandemic; found this to be moderately positive factor — IAD noted that while unclear how many days applicant had remained in Canada in period assessed, was significant shortfall from required 730 days of residency — As such, IAD found relief on H&C grounds not warranted — Issues whether IAD's analysis of evidence was reasonable; whether IAD breached procedural fairness — Pursuant to Act, s. 67(1)(c), in order to grant appeal of removal order, IAD must be satisfied sufficient H&C considerations warrant special relief; such remedy discretionary — Regarding applicant's failure to return to Canada, IAD not finding applicant's reason for departing Canada to be compelling factor in favour of her appeal; attributed moderately positive weight to applicant's attempts to return to Canada, her reasons for remaining in U.S. — While applicant ultimately responsible for her immigration applications, evidence before IAD demonstrated that applicant verily believed she should not leave U.S. while her LPR status application was being processed — Applicant returned to Canada as soon as her LPR status application refused — While IAD characterized applicant's stay in U.S. as choosing status in U.S. over status in Canada, applicant not having choice, as demonstrated by her belief that she should remain in U.S. — As for hardship, while IAD found that applicant would not face significant hardship if separated from her family in Canada, IAD not accounting for hardship that would flow from separation from her husband if she lost her PR status in Canada — Both applicant, her husband spent many years working to establish themselves in North America — Seemed unduly harsh that only option for couple to be together would be for both to return to Fiji — By failing to assess impact of couple's separation, IAD's assessment of hardship factors lacked justification — Concerning applicant's establishment in Canada, IAD gave neutral weight to applicant's establishment, finding that, despite having PR for almost seven years, applicant lacked evidence of her establishment in Canada — IAD's analysis of applicant's establishment lacked intelligibility — In reasons, IAD acknowledged that all of applicant's immediate family reside in Canada together; that her original establishment in Canada prior to her departure for U.S. in June 2016 favoured her appeal — Such points read as positive establishment factors — As to applicant's contributions during Covid-19 pandemic, while IAD assessed applicant's efforts during COVID-19 pandemic under heading "other considerations," this was additional positive element of applicant's establishment in Canada — H&C considerations meant to provide flexible relief in appropriate situations to mitigate law's rigidity — Overall, in light of evidence in present case, IAD did not substantively assess all of H&C factors through lens of compassion, as case law requires — Context surrounding applicant's H&C application unique, important; applicant's work during COVID-19 pandemic deserved more than passing note from IAD — Along with other flaws in IAD's reasoning, IAD's decision lacked intelligibility, was unreasonable — Having determined that decision unreasonable, not necessary to address applicant's arguments respecting procedural fairness — Application allowed.



## CUSTOMS AND EXCISE

### CUSTOMS TARIFF

Goods mined, manufactured or produced wholly or in part by forced labour — Judicial review of decision by Canada Border Services Agency (CBSA) Programs Manager stating in email that CBSA not having authority to prohibit or regulate goods for production by forced labour solely based on originating from specific region or country — Pursuant to *Canada-United States-Mexico Agreement* (CUSMA), art. 23.6 signatories obliged to prohibit importation of goods produced by forced labour — Prohibition implemented under *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36 (Tariff), Item 9897.00.00 — Applicants requested that CBSA institute presumption generally prohibiting import of goods from Xinjiang, China, on basis that those goods mined, manufactured or produced wholly or in part by Uyghur forced labour — According to Programs Manager, this type of legislation falling under purview of Global Affairs Canada — CBSA's research, analysis essentially focusing on entities (producers or importers) rather than on region/countries, prohibition applied on case by case basis — Applicants submitting Programs Manager erred in law when stating that CBSA not having authority to apply presumption — Preliminary issue whether: email from CBSA constituting matter subject to judicial review; applicants having standing to this application — Main issue whether CBSA's interpretation of Tariff reasonable — Email not dispositive to matter concerning applicants on its merits, not matter subject to judicial review — Applicants' general interest in preventing forced labour not sufficient to transform email into matter affecting their rights or obligations — No element of statutory framework imposing duty on CBSA to make decision such as one requested by applicants — While Programs Manager communicated legal interpretation, this not amounting to final determination on issue of any imports from Xinjiang — Email by CBSA not directly affecting applicants' legal rights or causing prejudice — Applicants not meeting criteria to be granted public interest standing — Programs Manager's interpretation of *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, Tariff reasonable — Nothing about presumptive determinations in chapter under which tariff item 9897.00.00 falling — Schedule to Tariff presenting complete code governing classification of goods by tariff item as they are imported or as advanced ruling requested — Ordinary reading of CBSA's program legislation confirming that goods classified on case-by-case basis by tariff item, country of origin — Programs Manager not suggesting that Employment and Social Development Canada (ESDC) empowered to make decisions about which goods or shipments intercepted, states rather that ESDC provides helpful research to CBSA officers — No evidence that current legislative scheme not effective in preventing goods that were mined, manufactured or produced by forced labour from entering Canada — Application dismissed.

KILGOUR v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-259-21, 2022 FC 472, Gagné A.C.J., reasons for judgment dated April 5, 2022, 23 pp.)

## LABOUR RELATIONS

Drug and alcohol testing — Motion seeking interim, interlocutory injunction to stay implementation of impugned provisions of Canadian Nuclear Safety Commission (CNSC) Regulatory Document REGDOC-2.2.4, Fitness for Duty, Volume II: Managing Alcohol and Drug Use Version 3 (RegDoc) — That document requiring license holders operating Class 1 high security nuclear sites to implement employee alcohol, drug testing in defined circumstances — Motion also seeking to restrain CNSC from requiring licensees to implement workplace alcohol, drug testing based on impugned provisions of RegDoc as any condition of licenses; restrain licensees from implementing workplace alcohol, drug testing based on impugned provisions of RegDoc — CNSC independent administrative tribunal established under *Nuclear Safety and Control Act*, S.C. 1997, c. 9 (Act) — All persons operating nuclear facility having to do so in accordance with license issued by CNSC — All license applications for Class 1 nuclear facility having to contain proposed human performance program for activity to be licensed, including demonstrating measures ensuring workers' fitness for duty — RegDoc objective to bolster fitness for duty programs, policies already in place at Class 1 high security nuclear facilities — Applicants claiming provisions requiring random, pre-placement drug, alcohol testing for safety-critical employees overly invasive, unnecessary — Employers developed joint policy allowing for operationalization of RegDoc — Grievances referred to arbitration — Arbitrator finding he lacked jurisdiction to award interim relief to applicants — Applying three-part test for granting of interim relief (i.e., serious issue to be tried; irreparable harm if injunction not granted; balance of convenience favouring applicants) — In considering irreparable harm, Arbitrator finding that an individual's privacy interest in their bodily samples, personal information those samples may contain falling at high end of privacy spectrum, that potential harm resulting from testing later found impermissible irreparable — Also finding that balance of convenience lay with granting stay because employers failed to provide evidence demonstrating significant harm resulting from inability to implement testing pending determination on merits of case — Whether applicants establishing each of three branches of tripartite test — Issues raised by applicants neither frivolous nor vexatious — Applicants satisfying first branch of tripartite test — Also establishing irreparable harm on balance of probabilities — While Respondents argued mere allegation of *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 8 breach without more not establishing irreparable harm, applicants relied on arbitral case law to argue that non-consensual seizures of bodily fluids or breath samples may result in irreparable harm — Irreparable harm focusing on

**LABOUR RELATIONS—Concluded**

harm suffered by applicant — Source of harm applicant seeking to avoid (whether flowing from employer decision or regulator decision), legal framework within which impugned decision or action will be reviewed of little consequence within this branch of tripartite test — Applicants not failing on this branch of test on basis that they relied only upon mere assertion of breach — In arbitration context, random drug testing regimes have not been upheld — This appearing to be consistent with injunction case law relied on by applicants — Courts adopting stringent approach where highly intrusive searches involving bodily integrity at issue — Surrounding circumstances (i.e., nature of workplace, size of targeted population, importance of safety, potential severe consequences of error) taken into account here — Highly regulated context in which safety-critical workers employed not lowering their expectation of privacy, not rendering any harm arising from implementation of pre-placement, random testing minimal — Privacy interests engaged where intrusive search invading individual's bodily integrity at high end of spectrum — Those activities subject to stringent standards, safeguards, engage significant interests — Irreparable harm established in respect of both pre-placement, random drug and alcohol testing provided for in RegDoc — Applicants satisfying third branch of tripartite test — Protection of privacy rights engaging important, competing public interest — Non-consensual collection of bodily fluids resulting from implementation of RegDoc unassailably going to heart of right to privacy — Applicants demonstrating harm from which public benefit may flow if relief sought granted. — Motion granted.

POWER WORKERS UNION v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1222-21, 2022 FC 73, Gleeson J., reasons for order dated January 21, 2022, 45 pp.)

**OFFICIAL LANGUAGES**

Application for remedy under *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31 (Act), s. 77 against respondent seeking declaratory relief, damages, letter of apology for respondent's non-compliance with its duties under Act — *Airport Transfer (Miscellaneous Matters) Act*, S.C. 1992, c. 5 allowing government to transfer airport to "designated airport authority", setting out terms, conditions for application of certain statutes to that authority — *Airport Transfer (Miscellaneous Matters) Act*, s. 4(1) providing for application of Act — Case herein arising from complaints made by applicant criticizing respondent for, *inter alia*, having exclusively English presence on social media, publishing press releases in English only, making certain documents on its website, including its annual reports, master plan, available in English only — Whether applicant establishing breach of Act at time of complaints — Respondent breached Act — Act, ss. 22, 23 respectively requiring respondent's head or central office to communicate with the public in both official languages, airport to provide services to travelling public in both languages — In principle, airport authority having to comply with all provisions of parts of Act made applicable to it — Parliament deliberately using terms "authority", "airport" in s. 4(1) — Airport authorities treated like any other federal institution subject to Act — Words "as if [...] the airport were an office or facility of that institution, other than its head or central office" in s. 4(1) setting out presumption that airport considered to be an office, not the head office, regardless of where head office is located in relation to airport — Application of Act therefore not depending on whether head office of airport authority located on airport premises or elsewhere — Nothing to suggest in s. 4(1) that airport authorities lacking head office for purposes of Act, s. 22 — If airport having more than one million passengers per year, Act, s. 23 applying — In this case, St. John's Airport meeting criteria for significant demand only in respect of s. 23 — In determining whether a service or communication falls within scope of s. 23, question not whether it is "traveller-relevant" in sense that service or communication related to travel itself — Rather, question whether service or communication is offered or intended for travelling public, in sense that recipients or beneficiaries of service or communication are all or mainly members of travelling public — Respondent not disputing that when complaints filed, many pages on its website were not available in French or did not have content of equal quality in both languages — Also recognizing that "traveller-relevant information" should have been published in both languages on social media — Respondent breaching Act, s. 22 by publishing its annual reports, master plans only in English — Preparation, publication of annual reports, master plans, press releases functions closely connected to respondent's head office — Respondent breaching s. 22 by publishing these documents only in English — Framework developed by Supreme Court in *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28 used herein to determine whether appropriate, just to condemn respondent to pay damages — Respondent submitted that lack of personal injury precluded applicant from claiming damages on any grounds whatsoever — However, this position incompatible with structure of Act, functions of deterrence, vindication underlying award of damages under Act, s. 77 — Respondent's narrow view making it practically impossible to award damages, discouraging parties from resorting to s. 77 — In present case, award of damages serving deterrence — In light of all circumstances, appropriate, just to order respondent to pay damages to applicant — Application allowed.

THIBODEAU v. ST. JOHN'S INTERNATIONAL AIRPORT AUTHORITY (T-1023-19, 2022 FC 563, Grammond J., reasons for judgment dated April 21, 2022, 37 pp.)

## PRACTICE

## JUDGMENTS AND ORDERS

*Enforcement*

*See also: Income Tax*

Charging orders — Motion seeking order to discharge interim charge against condominium unit in Toronto (property) obtained by Department of Justice on behalf of Her Majesty the Queen in Right of Canada, Canada Revenue Agency (respondents) by order of Court pursuant to *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 223 — CRA registered with Court certificate against moving party claiming tax debt — Respondents filed *ex parte* motion to obtain interim charge to secure payment of tax debt against moving party's interest in property — Court issued interim order granting respondents' motion, requiring moving party to show cause why interim charge should not be made absolute — Moving party financial advisor, wealth manager — Providing assistance in creating, implementing Canadian trusts to hold investment properties — Evidence established that moving party having legal interest in property by virtue of his position as trustee of Richie Rich Holdings Trust (RRH Trust) — Title documents to property identifying moving party, co-trustees as trustees for property — Moving party arguing that as trustee of RRH Trust, not judgment debtor with interest in property as contemplated in *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 458 because: respondents' interpretation of term "judgment debtor" ignoring fact that he incurred tax debt in his personal capacity, not in his capacity as trustee of RRH Trust; trustee holding trust property not "hold[ing] an interest" in that trust property within meaning of r. 458 — Main issue whether interim charge should be discharged — Respondents' interpretation of term "judgment debtor" in r. 458 ignoring trustee's distinct roles — Trustee acting as fiduciary for benefit of trust beneficiaries — Required to maintain distinction between personal affairs, affairs and properties of trust, to safeguard interests of trust beneficiaries — In this case, tax debt not debt of RRH Trust, trust property not available to CRA to satisfy moving party's debt — Common law recognizing distinction between legal, beneficial ownership — Moving party judgment debtor for purposes of tax debt and r. 458 in his personal capacity only — Moving party's interest in property as trustee not interest in property within meaning of r. 458(1)(a)(i) — No impropriety in respondents' reliance on r. 458(1) to bring their *ex parte* motion on narrow ground of moving party's legal interest as trustee in RRH Trust — However, having secured interim order, respondents not now able to abandon their legal theory, engage in comprehensive cross-examination of moving party because moving party has responded, shown cause why interim charge must be discharged — R. 458(1) *ex parte* motion should not be used as gateway proceeding — Moving party's arguments rebutted basis on which interim charge imposed — Motion granted.

CANADA (NATIONAL REVENUE) v. SHAKER (ITA-143-22, 2022 FC 407, Walker J., reasons for order dated March 24, 2022, 23 pp.)

## STAY OF PROCEEDINGS

Motion by defendant seeking order under *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (Act), s. 50.1 or s. 50(1) to stay proposed class proceeding on basis defendant intending to bring claim for contribution, indemnity against third party over which Federal Court would not have jurisdiction — Plaintiff, Canadian taxpayer, filing proposed class action against defendant seeking damages, other relief arising from alleged data breaches and resulting unauthorized disclosure to third party of personal and financial information of online accounts with Government of Canada, Canada Revenue Agency — Plaintiff's law firm subsequently experiencing cybersecurity incident, ransomware attack — Defendant intending to pursue third party claim against plaintiff's law firm, wanting to stay class action pursuant to Act, s. 50.1 on basis Federal Court lacking jurisdiction to hear that claim — In alternative, defendant invoking Act, s. 50(1), seeking discretionary stay on basis that interests of justice warranting litigation proceed in provincial superior court, which would have jurisdiction over both claims (i.e. claims against defendant and law firm) — Whether action should be stayed pursuant to Act, ss. 50.1, 50(1) — S. 50.1 providing for mandatory stay of proceedings in Federal Court where Crown intends to institute third party proceedings that Federal Court lacks jurisdiction to adjudicate — Pursuant to test in *Dobbie v. Canada (Attorney General)*, 2006 FC 552, defendant having to demonstrate that (a) it genuinely desires to institute third party claim that has possible likelihood of success; (b) third party claim outside jurisdiction of Federal Court — Plaintiff accepting that defendant's proposed third party claim against law firm outside jurisdiction of Federal Court — Only first requirement, specifically whether third party claim having any possible likelihood of success, at issue between parties — Where damages caused or contributed to by both defendant, potential third party, if plaintiff claiming against defendant only proportion of those damages attributable to defendant, defendant can have no claim for contribution, indemnity against third party — Therefore, defendant's proposed third party claim herein having no possibility of success, motion for stay under s. 50.1 failing — As to defendant's alternative argument, staying a proceeding under s. 50(1) is a discretionary determination

**PRACTICE—Concluded**

to be granted only in clearest of cases, with Court being guided by whether interests of justice supporting such result — Parties disagreeing on whether s. 50(1)(a) applying only in situation where claim presently being proceeded with in other court or jurisdiction — Plaintiff arguing that s. 50(1)(a) addressing duplicative proceedings, s. 50(1)(b) applying only to circumstances other than duplicative proceedings — That argument rejected — It cannot be the case that Court should be deprived of jurisdiction to grant stay in circumstances where there is possibility of future proceedings with some degree of duplication or overlap, if interests of justice warranting stay — In any event, applying principles set out in *Canada (Attorney General) v. Cold Lake First Nations*, 2015 FC 1197, no support here for conclusion that continuation of Federal Court action causing prejudice or injustice to defendant — Also far from clear that considerations of judicial economy favouring stay — Court exercising discretion against granting stay under s. 50(1) — Motion dismissed.

CAMPEAU V. CANADA (T-982-20, 2021 FC 1449, Southcott J., reasons for order dated December 20, 2021, 28 pp.)

**RCMP**

Pensions — Judicial review of Government of Canada Pension Centre (Pension Centre) decision pursuant to *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. R-11 (Superannuation Act) holding that appellant entitled only to return of contributions with interest following applicant's resignation — Applicant, former RCMP Constable found by RCMP's Conduct Board to have contravened Code of Conduct established under *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10 (RCMP Act) — Applicant resigned within 14-day grace period allowed by Conduct Board — Subsequently received two counselling packages from Pension Centre advising him of his rights under Superannuation Act — From first package applicant electing to receive lump-sum payment of transfer value — Withdrew appeal of Conduct Board's decision, because he could not collect transfer value while appeal ongoing — Respondent saying Pension Centre's advice regarding applicant's entitlement to transfer value based on its misunderstanding of applicant's pension entitlement — Pension Centre therefore sending applicant second counselling package, this time applying Superannuation Act, s. 11(4) to applicant's pension entitlement — This counselling package not mentioning transfer value payment — Applicant opted for return of contributions with interest by signed election, expressly waived his rights to potential lifetime annuity — Applicant disputed Pension Centre's application of s. 11(4), claiming he was entitled to transfer value of his pension — Pension Centre stated in its decision that because employment ceased as result of misconduct, s. 11(4) was applied — Applicant arguing entitled to transfer value of his pension entitlements because of Superannuation Act, s. 12.1, which applies, according to its opening words, "[d]espite any other provision of this Act" — Main issue whether Pension Centre's decision reasonable — Applicant by legislation entitled to transfer value because he meets all five preconditions set out in Superannuation Act, s. 12.1(1) — Opening words of s. 12.1 of critical importance in terms of constraining law in this case — Those 'notwithstanding' words removing any ambiguity between s. 12.1, any other provision of Superannuation Act — S. 12.1 applying notwithstanding "any other provision of the" Superannuation Act, including subsection 11(4) — Moreover, paying transfer value of pension to contributor (even one who has left after misconduct) consistent with broader interpretative principle that benefits-conferring legislation should be interpreted broadly, liberally in favour of those entitled to benefits of that legislation — Defined benefit pensions form of deferred compensation — Explicit statutory language required to divest pension plan contributors generally of their right to deferred compensation they earned, would otherwise enjoy — Impact of Pension Centre's decision is that while applicant's personal contributions to his pension returned with interest, deferred compensation he earned lost — This result requiring clear, explicit statutory language — S. 12.1 not only missing required explicit language to take away applicant's deferred compensation, but in fact stating opposite by virtue of notwithstanding words with which it opens — Given the constraining law, unreasonable for Pension Centre to find applicant not entitled to transfer value of his pension — Opening 'notwithstanding' words of s. 12.1(1) precise, unequivocal — Pension Centre's interpretation of Superannuation Act, s. 11(4) frustrates constraining case law (i.e. *Re Thompson and Town of Oakville*, *Re Ruelens and Town of Oakville*, [1964] 1 O.R. 122, (1963), 41 D.L.R. (2d) 294 (H.C.J.)), defeats purpose of Parliament having legislated lesser penalty of resignation within 14-day grace period in s. 11(4) — Decision at issue in this case new interpretation that effectively means members of RCMP may only receive return of contributions regardless of whether they resign within 14-day grace period, or are dismissed — Pension Centre's interpretation of s. 11(4) collapsing distinct concepts of resignation, dismissal into single action — Applicant's resignation took him out of s. 11(4) by virtue of the applicable constraining law — Matter remitted to Pension Centre to determine precise value of transfer value benefit — Application allowed.

GIRARD V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1269-21, 2022 FC 578, Brown J., reasons for judgment dated April 21, 2022, 40 pp.)



# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale.

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

---

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

### EXCLUSION ET RENVOI

#### *Personnes interdites de territoire*

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un agent des visas du haut-commissariat du Canada à New Delhi a rejeté la demande de permis d'études présentée par le demandeur et a déclaré celui-ci interdit de territoire pour fausses déclarations par application des art. 40(1)a) et 42(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 — Le demandeur a présenté une demande de permis d'études depuis l'étranger, à laquelle il a joint ses relevés du conseil central de l'enseignement secondaire — Le haut-commissariat a avisé le demandeur par lettre (lettre d'équité procédurale) que, après vérification auprès des autorités, les documents concernant son examen de certification des écoles indiennes étaient inexacts et qu'on craignait donc qu'il ait fait une présentation erronée sur des faits importants au sujet de ses études — La lettre mentionnait aussi que, s'il s'avérait que le demandeur avait fait une présentation erronée dans sa demande de permis d'études, il risquait d'être déclaré interdit de territoire, aux termes de l'art. 40(1)a) de la Loi, pour une période de cinq ans, aux termes de l'art. 40(2)a) de la Loi — Le demandeur disposait de 30 jours pour répondre à la lettre d'équité procédurale — La représentante du demandeur, d'un cabinet de consultation en immigration, a répondu à la lettre d'équité procédurale et expliqué que le demandeur avait fourni à son ancien consultant en immigration une copie de son certificat d'études secondaires original, mais que l'ancien consultant avait, à l'insu du demandeur, modifié ses notes finales — Elle a ajouté que le demandeur n'avait pas reçu de copie de la demande de permis d'études présentée, mais qu'il avait, une fois mis au courant du problème, communiqué avec son ancien consultant, lequel avait avoué avoir modifié les relevés scolaires, et que le demandeur avait fait une déclaration à la police, dont une copie était jointe à sa lettre — Était également joint à la lettre de la représentante un [TRADUCTION] « affidavit de soutien » du demandeur qui, apparemment, établissait que la fausse déclaration échappait à la volonté du demandeur — L'agent des visas a informé le demandeur par écrit que sa demande de permis d'études avait été rejetée au motif qu'il avait été déclaré interdit de territoire au Canada, aux termes de l'art. 40(1)a) de la Loi, pour avoir, directement ou indirectement, fait une présentation erronée sur un fait important quant à un objet pertinent, ou une réticence sur ce fait, ce qui avait entraîné ou risquait d'entraîner une erreur dans l'application de la Loi — Selon l'art. 40(2)a), le demandeur serait interdit de territoire au Canada durant une période de cinq ans — De plus, il était indiqué, dans la lettre, que le demandeur avait fourni des documents qui manquaient d'authenticité dans le cadre de sa demande, ce qui avait miné la crédibilité globale de celle-ci — Il s'agissait de savoir si la décision de l'agent des visas était raisonnable — Le demandeur a soutenu que l'agent des visas avait commis une erreur en ne se demandant pas si la fausse déclaration reprochée avait été faite honnêtement et raisonnablement ni si elle était visée par l'exception restreinte relative à l'erreur de bonne foi concernant une fausse déclaration, comme il est énoncé dans l'arrêt *Medel c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 CF 345 — Il a affirmé aussi qu'il ne savait pas que son ancien consultant avait présenté des notes falsifiées, que l'agent des visas avait commis une erreur en ne tenant pas compte de la totalité de la preuve pour tirer une conclusion de fausse déclaration, et que l'agent des visas avait écarté la plainte qu'il affirmait avoir déposée auprès de la police, laquelle appuyait son argument selon lequel il avait été victime de tromperie — La jurisprudence relative à l'art. 40(1)a) de la Loi a été résumée précédemment — L'art. 40(1)a) doit être interprété de façon large afin de promouvoir l'objectif qui le sous-tend, cet objectif étant de décourager les fausses déclarations et de protéger l'intégrité du processus d'immigration — Pour ce faire, il incombe au demandeur de s'assurer de l'exhaustivité et de l'exactitude de sa demande; il a une obligation de franchise continue et

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

il doit fournir des renseignements complets, honnêtes et véridiques lorsqu'il présente une demande d'entrée au Canada — L'exception à l'art. 40(1)a est restreinte et s'applique uniquement dans des circonstances véritablement extraordinaires où le demandeur croyait honnêtement et raisonnablement qu'il ne faisait pas de présentation erronée sur un fait important et où il lui était impossible d'avoir connaissance de la fausse déclaration, c'est-à-dire que le demandeur ignorait subjectivement qu'il dissimulait des renseignements — En l'espèce, le demandeur n'a pas contesté le fait qu'une fausse déclaration a été faite, il a affirmé qu'il avait fourni son relevé de notes original à son ancien consultant, qu'il ne savait pas qu'après qu'il eut signé sa demande, son ancien consultant avait présenté un relevé de notes frauduleux, et qu'il lui était impossible d'avoir connaissance de la fausse déclaration — Au moment d'examiner la question de savoir si un demandeur doit être déclaré interdit de territoire aux termes de l'art. 40(1)a de la Loi, ce demandeur doit avoir agi avec une intention subjective, à savoir une connaissance de la fausse déclaration — La règle générale est qu'une fausse déclaration peut être faite à l'insu du demandeur et que l'art. 40 s'applique à un demandeur même si la fausse déclaration a été faite, à son insu, par une tierce partie — En ce qui concerne l'exception relative à l'erreur de bonne foi concernant une fausse déclaration, en l'espèce, le problème tenait au fait qu'il était indiqué, dans la réponse à la lettre d'équité procédurale, que le demandeur ne savait pas que son ancien consultant avait modifié les notes finales originales qu'il lui avait fournies, puisqu'il avait signé les formulaires avant que ce changement ne soit fait — De plus, le demandeur n'a pas reçu de copie de la demande lorsqu'elle a été présentée — Si l'agent des visas avait conclu, selon le dossier, que l'explication du demandeur concernant la fausse déclaration n'était pas étayée par la preuve, il n'aurait peut-être pas eu à envisager l'exception relative à l'erreur de bonne foi concernant une fausse déclaration — Cependant, bien que l'explication fournie dans la réponse à la lettre d'équité procédurale ait soulevé clairement la question de l'exception relative à l'erreur de bonne foi concernant une fausse déclaration, l'agent des visas n'a tiré aucune conclusion quant à savoir si l'exception s'appliquait ou non, et il a rejeté l'explication du demandeur uniquement au motif que le demandeur était le seul responsable de sa demande — L'agent des visas était en droit de fournir des motifs succincts lorsqu'il a statué sur la demande de permis d'études, tant que ces motifs étaient adaptés à la trame factuelle qui lui avait été présentée — Dans la présente affaire, il ne ressortait pas des motifs de l'agent des visas qu'il avait tenu compte des observations du demandeur et que, ce faisant, il avait rejeté l'explication du demandeur au motif que celle-ci n'était pas étayée par la preuve ou autrement — L'agent des visas n'a pas renvoyé à la plainte déposée auprès de la police ni à l'affidavit du demandeur, et son analyse a commencé et a pris fin lorsqu'il a conclu que le demandeur était le seul responsable de sa demande — Ayant tiré cette conclusion, l'agent des visas ne s'est pas demandé si la fausse déclaration avait été faite de bonne foi ou non ni si l'exception s'appliquait — Il fallait répondre à la question de savoir si l'agent des visas aurait dû au moins se demander si l'exception s'appliquait — Dans la négative, l'agent des visas était tenu de justifier cette décision — En dépit des réserves concernant les observations faites au nom du demandeur ou par lui et de l'absence de preuve à l'appui de certaines observations, l'agent des visas n'a fait aucune évaluation des observations du demandeur et n'a tiré aucune conclusion à leur égard — Il n'a pas non plus conclu que l'exception relative à l'erreur de bonne foi concernant une fausse déclaration ne s'appliquait pas — Par conséquent, l'agent des visas a commis une erreur en ne se demandant pas si l'exception relative à l'erreur de bonne foi concernant une fausse déclaration s'appliquait à l'affaire dont il était saisi — Demande accueillie.

PANDHER C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-7196-19, 2022 CF 687, juge Strickland, motifs du jugement en date du 10 mai 2022, 20 p.)

## STATUT AU CANADA

*Résidents permanents*

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que la demanderesse n'avait pas respecté les exigences relatives à la résidence permanente prévues à l'art. 28 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 — La SAI a aussi conclu qu'il n'y avait pas de motifs d'ordre humanitaire justifiant la prise de mesures spéciales au titre de l'art. 67(1)c) de la Loi — La demanderesse a soutenu que la décision de la SAI était déraisonnable parce que celle-ci a mal interprété la preuve et n'a pas tenu compte de certains éléments de preuve pertinents et importants — La demanderesse a allégué aussi que la SAI a violé son droit à l'équité procédurale — La demanderesse est une ressortissante des Fidji âgée de 34 ans — Elle occupe un poste d'aide-soignante dans un établissement de soins de longue durée pour personnes âgées en Alberta — Elle est venue pour la première fois au Canada en 2007, en qualité d'étudiante étrangère; en mai 2008, elle a réussi le programme provincial des aide-soignants, au terme duquel elle a obtenu un permis de travail postdiplôme (PTPD) et a travaillé comme infirmière auxiliaire — En juin 2009, elle est retournée aux Fidji avant l'expiration de son PTPD — En mars 2014, la demanderesse a obtenu le statut de résident permanent au Canada — Elle a visité son copain aux États-Unis, puis l'y a épousé en 2016 — L'époux de la demanderesse est un résident permanent des États-Unis — Il a parrainé la demanderesse — La demanderesse a engagé un avocat spécialisé en droit de l'immigration américain afin

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

de présenter une demande en vue d'obtenir le statut de résident permanent légitime (RPL) aux États-Unis — L'avocat américain lui aurait conseillé de ne pas quitter les États-Unis pour retourner au Canada — La demande de statut de RPL de la demanderesse a par la suite été rejetée — Lorsque la demanderesse est revenue au Canada, un rapport a été établi à son égard au titre de l'art. 44(1) de la Loi, puisqu'il a été conclu qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que la demanderesse était interdite de territoire au Canada parce qu'elle ne s'était pas conformée à l'obligation de résidence aux termes de l'art. 28 de la Loi, selon lequel elle devait être effectivement présente au Canada pour au moins 730 jours pendant chaque période quinquennale — Une mesure d'interdiction de séjour a ensuite été prise contre elle en raison de son interdiction de territoire découlant du non-respect de l'obligation de résidence — Lors de l'audience de la SAI, la demanderesse a admis qu'elle ne s'était pas conformée à l'obligation de résidence qui s'appliquait pour qu'elle puisse conserver son statut de résident permanent au Canada, mais elle a demandé à la SAI une dispense pour des considérations d'ordre humanitaire, au motif que son défaut de revenir au Canada plus tôt était attribuable aux mauvais conseils juridiques qu'elle avait reçus, et qu'elle serait exposée à des difficultés si elle perdait son statut de résident permanent canadien — Dans la décision portée en appel, la SAI s'est penchée plus particulièrement sur le degré d'établissement initial et subséquent de la demanderesse au Canada, sur ses liens avec le Canada, sur les motifs de son départ du Canada, etc. — La SAI a également tenu compte du fait que la demanderesse croyait qu'elle ne pouvait pas revenir au Canada sans compromettre son processus d'immigration aux États-Unis, et a examiné l'ampleur des difficultés auxquelles la demanderesse serait exposée aux Fidji — Enfin, la SAI a tenu compte des efforts de la demanderesse pour mettre à profit sa formation et son expérience professionnelle dans le domaine des soins de santé pendant la pandémie de COVID-19, et a jugé qu'ils constituaient un facteur légèrement favorable — La SAI a souligné que, même si le nombre de jours pendant lesquels elle avait été présente au Canada durant la période en cause était incertain, il était bien en deçà du minimum de 730 jours de résidence — La SAI a donc conclu que la prise de mesures spéciales pour des motifs d'ordre humanitaire n'était pas justifiée — Il s'agissait de savoir si l'analyse de la preuve effectuée par la SAI était raisonnable et si la SAI avait manqué à l'équité procédurale — Aux termes de l'art. 67(1)c) de la Loi, pour faire droit à l'appel d'une mesure de renvoi, la SAI doit être convaincue que les motifs d'ordre humanitaire justifient la prise de mesures spéciales; ce recours est discrétionnaire — En ce qui concerne le défaut de la demanderesse de revenir au Canada, la SAI n'a pas jugé que le motif de départ du Canada de la demanderesse constituait un facteur convaincant en faveur de son appel; elle a accordé un poids modérément favorable aux tentatives de la demanderesse pour revenir au Canada et aux raisons pour lesquelles elle est restée aux États-Unis — Même si la demanderesse est ultimement responsable de ses demandes d'immigration, la preuve soumise à la SAI a démontré que la demanderesse croyait sincèrement qu'elle ne devait pas quitter les États-Unis pendant que sa demande de RPL était en traitement — La demanderesse est revenue au Canada dès que sa demande de statut de RPL a été rejetée — Bien que la SAI ait considéré que le fait que la demanderesse est restée aux États-Unis signifiait qu'elle préférerait obtenir un statut aux États-Unis plutôt qu'au Canada, la demanderesse ne disposait pas d'un tel choix, comme l'a démontré le fait qu'elle croyait qu'elle devait rester aux États-Unis — En ce qui concerne l'existence de difficultés, bien que la SAI ait conclu que la demanderesse n'éprouverait pas de difficultés considérables si elle était séparée de sa famille au Canada, elle n'a pas tenu compte des difficultés que la demanderesse éprouverait si elle perdait son statut de résident permanent au Canada et qu'elle devait se séparer de son époux — La demanderesse et son époux ont travaillé pendant de nombreuses années pour s'établir en Amérique du Nord — Il serait, selon la Cour, excessivement difficile pour la demanderesse et son époux d'être contraints de retourner aux Fidji pour pouvoir vivre ensemble — Étant donné que la SAI a omis d'évaluer les répercussions de la séparation du couple, son évaluation des facteurs liés aux difficultés n'était pas justifiée — En ce qui concerne l'établissement de la demanderesse au Canada, la SAI a accordé un poids neutre à l'établissement de la demanderesse, concluant que, même si elle détenait la résidence permanente depuis près de sept ans, elle n'avait pas fourni suffisamment d'éléments de preuve démontrant son établissement au Canada — L'analyse de l'établissement de la demanderesse effectuée par la SAI manquait d'intelligibilité — Dans ses motifs, la SAI a reconnu que toute la famille immédiate de la demanderesse réside au Canada avec elle et que son établissement original au Canada avant son départ aux États-Unis en juin 2016 militait en faveur de l'appel — Ces facteurs liés à l'établissement ont été jugés favorables — En ce qui concerne la contribution de la demanderesse pendant la pandémie de COVID-19, bien que la SAI ait évalué les efforts déployés par la demanderesse pendant la pandémie de COVID-19 sous la rubrique « Autres considérations », il s'agissait d'un autre élément favorable lié à l'établissement de l'appelante au Canada — Les motifs d'ordre humanitaire ont pour objet de fournir une dispense souple dans les cas appropriés afin de mitiger la sévérité de la loi — Globalement, à la lumière de la preuve présentée en l'espèce, la SAI n'a pas véritablement examiné tous les facteurs d'ordre humanitaire dans une optique de compassion, comme l'exige la jurisprudence — Le contexte entourant la demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire de la demanderesse était unique et important; le travail de la demanderesse durant la pandémie de COVID-19 méritait plus qu'une note de passage de la part de la SAI — Compte tenu de cette lacune dans le raisonnement de la SAI et des autres lacunes relevées, la décision de la SAI manquait d'intelligibilité et était déraisonnable — Étant donné que la décision a été jugée déraisonnable, il n'était pas nécessaire de se pencher sur les arguments relatifs à l'équité procédurale soulevés par la demanderesse — Demande accueillie.



**DOUANES ET ACCISE****TARIF DES DOUANES**

Marchandises extraites, fabriquées ou produites, en tout ou en partie, au moyen du travail forcé — Contrôle judiciaire de la décision rendue par le gestionnaire des programmes de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC), qui a affirmé dans un courriel que l'ASFC n'avait pas le pouvoir d'interdire ou de réglementer les marchandises produites au moyen d'un travail forcé uniquement parce qu'elles venaient d'une région ou d'un pays en particulier — Aux termes de l'art. 23.6 de l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique* (ACEUM), les signataires sont tenus d'interdire l'importation de produits issus du travail forcé — Cette interdiction a été mise en œuvre sous le numéro 9897.00.00 du *Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36 (Tarif) — Les demandeurs ont demandé que l'ASFC établisse une présomption qui interdirait de façon générale l'importation de marchandises du Xinjiang (Chine) au motif que celles-ci ont été extraites, fabriquées ou produites, en tout ou en partie, par du travail forcé des Ouïghours — Selon le gestionnaire des programmes, l'adoption d'une telle loi relevait d'Affaires mondiales Canada — Les activités de recherche et d'analyse de l'ASFC étaient essentiellement axées sur des entités (producteurs ou importateurs) plutôt que sur des régions ou des pays, et l'interdiction était appliquée au cas par cas — Les demandeurs ont fait valoir que le gestionnaire des programmes avait commis une erreur de droit en affirmant que l'ASFC n'avait pas le pouvoir d'appliquer la présomption — La question préliminaire était de savoir si le courriel de l'ASFC constituait un objet valide de la demande de contrôle judiciaire et si les demandeurs avaient qualité pour déposer la présente demande — La question principale était de savoir si l'ASFC interprétait le Tarif de manière raisonnable — Le courriel ne tranchait pas sur le fond une question concernant les demandeurs et il ne s'agissait donc pas d'une question susceptible de contrôle judiciaire — L'intérêt général des demandeurs à l'égard de la prévention du travail forcé n'était pas suffisant pour transformer le courriel en une question qui touche leurs droits ou leurs obligations — Il n'y a aucun élément du cadre législatif qui impose à l'ASFC l'obligation de rendre une décision comme celle que les demandeurs souhaitaient obtenir — Bien que le gestionnaire des programmes ait communiqué une interprétation juridique, cela n'équivalait pas à une détermination finale sur la question des marchandises importées du Xinjiang — Le courriel de l'ASFC n'a pas touché directement les droits juridiques des demandeurs ni ne leur a causé préjudice — Les demandeurs n'ont pas répondu aux critères pour se voir accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public — La manière dont le gestionnaire des programmes a interprété la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, et le Tarif était raisonnable — Dans le chapitre où se trouve le numéro tarifaire 9897.00.00, rien n'est dit au sujet d'une détermination a priori — L'annexe du Tarif constitue un code complet qui régit le classement des marchandises par numéro tarifaire à mesure qu'elles sont importées ou à mesure que l'on demande une décision anticipée — Une interprétation ordinaire de la législation frontalière de l'ASFC confirme que les marchandises sont classées au cas par cas par numéro tarifaire et par pays d'origine — Le gestionnaire des programmes n'a pas laissé entendre qu'Employ et Développement social Canada (EDSC) est habilité à se prononcer sur les marchandises ou les cargaisons qui sont interceptées, et il a plutôt dit qu'EDSC effectue des recherches qui aident les agents de l'ASFC — Rien ne prouve que le régime législatif actuel n'est pas efficace pour ce qui est d'empêcher l'importation au Canada de marchandises extraites, fabriquées ou produites au moyen du travail forcé — Demande rejetée.

KILGOUR C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-259-21, 2022 CF 472, juge en chef adjointe Gagné, motifs du jugement en date du 5 avril 2022, 23 p.)

**DROIT AÉRIEN**

*Voir aussi : Pratique*

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le ministre des Transports défendeur a refusé de délivrer ou de modifier un document d'aviation canadien (DAC) parce que le demandeur avait échoué à l'évaluation opérationnelle de ligne (LOE) en juin 2018 afin de renouveler ses qualifications de pilote Airbus A320 — Le demandeur a passé une nouvelle LOE en juillet 2018 et l'a réussie; il a donc conservé ses qualifications — Le Tribunal d'appel des transports du Canada (TATC) a conclu en septembre 2019 qu'il n'était pas justifié d'arrêter la LOE et que l'avis de refus n'aurait pas dû être délivré — L'affaire a été renvoyée au défendeur pour réexamen — Le défendeur a jugé, lors de son réexamen, que la note d'échec était appropriée et a maintenu le refus initial de délivrer ou de modifier un DAC au motif que la LOE de juin 2018 a été évaluée comme étant un échec — Le ministre a soutenu que la présente demande est théorique — Il s'agissait de savoir si la demande est théorique et, dans l'affirmative, si la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour instruire malgré tout la demande sur le fond — La présente affaire est théorique — Le demandeur a réussi une LOE avant l'expiration de la dernière LOE qu'il avait réussie — Il a donc obtenu le DAC nécessaire pour lui permettre de continuer à voler à bord d'un A320 à titre de commandant de bord sans interruption — Il n'a pas été démontré dans la présente affaire qu'une décision de la Cour à l'égard d'un échec à une LOE antérieure aurait un effet concret sur les droits ou la réputation du demandeur — Il ne s'agissait pas d'une affaire appropriée où la Cour devait exercer son pouvoir discrétionnaire pour instruire une demande de contrôle judiciaire théorique — La décision du

**DROIT AÉRIEN—Fin**

défendeur en cause était susceptible de révision par le TATC en vertu de l'art. 6.72 de la *Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. (1985), ch. A-2 — En règle générale, la Cour refusera d'instruire une demande de contrôle judiciaire lorsque le demandeur dispose d'un autre recours approprié, notamment un processus administratif comme un examen ou un appel administratif — En l'espèce, les questions centrales soulevées portaient notamment sur le rôle du défendeur lors d'un réexamen et l'interaction entre une décision de révision du TATC et le pouvoir de réexamen du défendeur — La possibilité d'une révision par le TATC est un facteur pertinent qui milite contre l'instruction sur le fond de la présente demande théorique — Les parties ont exprimé une crainte que la révision, par le TATC, d'une décision de réexamen se retrouve dans une boucle infinie de désaccord étant donné le pouvoir du TATC de renvoyer l'affaire pour réexamen et le pouvoir du défendeur de réexaminer l'affaire — Cette possibilité à elle seule ne justifie pas la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour instruire une demande de contrôle judiciaire lorsqu'il est possible de demander une révision au TATC — La question de savoir si le défendeur avait des motifs suffisants pour s'écarter de la décision du TATC concernant la LOE du demandeur est une question qui devrait être examinée par le TATC — Demande rejetée.

DINAN C. CANADA (TRANSPORTS) (T-621-21, 2022 CF 106, juge McHaffie, motifs du jugement en date du 31 janvier 2022, 20 p.)

**GRC**

Pensions — Contrôle judiciaire d'une décision rendue par le Centre des pensions du gouvernement du Canada (le Centre des pensions) au titre de la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-11 (la Loi sur la pension de retraite), selon laquelle l'appelant n'avait droit qu'au remboursement des contributions avec intérêts à la suite de sa démission — Le demandeur était un agent de la GRC qui a été déclaré coupable par le comité de déontologie de la GRC d'avoir contrevenu au code de déontologie établi en vertu de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10 (la Loi sur la GRC) — Le demandeur a démissionné dans le délai de 14 jours qui lui a été accordé par le comité de déontologie — Il a subséquemment reçu du Centre des pensions deux troussees d'information l'avisant de ses droits aux termes de la Loi sur la pension de retraite — À la lumière de la première trousse, le demandeur a choisi le paiement en une somme globale de la valeur de transfert — Il s'est désisté de l'appel qu'il avait déposé à l'égard de la décision du comité de déontologie, parce qu'il ne pourrait toucher la valeur de transfert pendant que son appel serait en cours — Le défendeur a affirmé que l'avis du Centre des pensions concernant le droit du demandeur à un transfert de la valeur reposait sur une compréhension erronée du droit à pension de celui-ci — En conséquence, le Centre des pensions a fait parvenir au demandeur une seconde trousse d'information fondée cette fois-ci sur l'application de l'art. 11(4) de la Loi sur la pension de retraite au droit à pension du demandeur — Le paiement d'une valeur de transfert n'était pas mentionné dans cette trousse — Le demandeur a demandé un remboursement de contributions avec intérêts en signant un formulaire en ce sens et il a expressément renoncé à son droit à une éventuelle annuité viagère — Le demandeur a contesté l'application de l'art. 11(4) par le Centre des pensions, soutenant qu'il avait droit à la valeur de transfert de sa pension — Le Centre des pensions a déclaré dans sa décision que l'emploi ayant pris fin par suite d'une inconduite, l'art. 11(4) a été appliqué — Le demandeur a soutenu qu'il avait droit à la valeur de transfert de ses droits à pension en raison de l'art. 12.1 de la Loi sur la pension de retraite, qui s'applique, selon les mots introductifs de cette disposition, « [m]algré les autres dispositions de la présente loi » — Il s'agissait principalement de savoir si la décision du Centre des pensions était raisonnable — Le demandeur a droit, en vertu de la disposition légale, à une valeur de transfert, parce qu'il respecte les cinq conditions préalables énoncées à l'art. 12.1(1) de la Loi sur la pension de retraite — Les mots introductifs de l'art. 12.1 ont une importance cruciale en ce qui a trait à la contrainte juridique en l'espèce — L'ajout des mots « [m]algré les autres dispositions de la présente loi » a pour effet d'éliminer toute ambiguïté entre l'art. 12.1 et les autres dispositions de la Loi sur la pension de retraite — L'art. 12.1 s'applique malgré « les autres dispositions de la » Loi sur la pension de retraite., ce qui comprend l'art. 11(4) — De plus, le paiement de la valeur de transfert d'une pension à un contributeur (même à celui qui est retraité pour motif d'inconduite) va de pair avec le principe d'interprétation général selon lequel une loi conférant des avantages devrait recevoir une interprétation libérale et généreuse en faveur de ceux qui ont droit aux avantages de cette loi — Les pensions à prestations déterminées sont une forme de rémunération différée — Il faut une disposition légale explicite pour priver le contributeur d'un régime de retraite de façon générale de son droit à la rémunération différée qu'il a gagnée et qu'il toucherait par ailleurs — Par suite de la décision du Centre des pensions, les contributions personnelles du demandeur au titre de sa pension sont remboursées avec intérêts, mais la rémunération différée qu'il a gagnée est perdue — Ce résultat doit être fondé sur une disposition légale claire et explicite — Non seulement le texte explicite nécessaire pour priver le demandeur de la rémunération différée à laquelle il aurait droit ne figure-t-il pas à l'art. 12.1, mais cette disposition énonce précisément le contraire en raison de l'exception introduite dès le départ par les mots « [m]algré les autres dispositions de la présente loi » — Compte tenu de la contrainte juridique, il était déraisonnable de la part du Centre des pensions de nier au demandeur le droit à la valeur de transfert de sa pension — Les mots introductifs « [m]algré les autres dispositions de la présente loi » de l'art. 12.1(1) sont précis et non équivoques — L'interprétation qu'a donnée le Centre des pensions à l'art. 11(4)

**GRC—Fin**

de la Loi sur la pension de retraite allait à l'encontre de la jurisprudence qui fait autorité (*Re Thompson and Town of Oakville, Re Ruelens and Town of Oakville*, [1964] 1 O.R. 122, (1963), 41 D.L.R. (2d) 294 (H.C.J.)) et de l'objet que visait le législateur en prévoyant une pénalité moindre à l'art. 11(4), soit la démission dans le délai de grâce de 14 jours — La décision en litige en l'espèce constitue une nouvelle interprétation qui, en pratique, signifie que les membres de la GRC ne peuvent recevoir qu'un remboursement de contributions, indépendamment de la question de savoir s'ils démissionnent dans le délai de grâce de 14 jours ou s'ils sont congédiés — L'interprétation qu'a donnée le Centre des pensions à l'art. 11(4) a réuni les concepts distincts de la démission et du congédiement en un seul — En raison de sa démission, le demandeur n'était pas visé par l'art. 11(4), eu égard à la contrainte juridique applicable — L'affaire a été renvoyée au Centre des pensions pour qu'il établisse la valeur précise de la prestation de valeur de transfert — Demande accueillie.

GIRARD C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1269-21, 2022 CF 578, juge Brown, motifs du jugement en date du 21 avril 2022, 40 p.)

**LANGUES OFFICIELLES**

Demande de recours fondé sur l'art. 77 de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 31 (Loi), à l'encontre de la défenderesse, en vue d'obtenir un jugement déclaratoire, des dommages-intérêts et une lettre d'excuses au motif que la défenderesse ne s'est pas conformée aux obligations que la Loi lui impose — La *Loi relative aux cessions d'aéroports*, L.C. 1992, ch. 5, permet au gouvernement de céder un aéroport à une « administration aéroportuaire désignée » et précise les modalités de l'application de certaines lois à cette administration — L'art. 4(1) de la *Loi relative aux cessions d'aéroports* prévoit l'application de la Loi — L'affaire en l'espèce tirait son origine de plaintes déposées par le demandeur reprochant à la défenderesse, entre autres choses, de n'être présente qu'en anglais sur les médias sociaux, de publier ses communiqués de presse en anglais seulement et de rendre certains documents, dont ses rapports annuels et son plan de développement, disponibles en anglais seulement sur son site Web — Il s'agissait de savoir si le demandeur a établi une violation de la Loi au moment de ses plaintes — La défenderesse a violé la Loi — Les art. 22 et 23 de la Loi, respectivement, imposaient au siège ou à l'administration centrale de la défenderesse de communiquer avec le public dans les deux langues et imposaient à l'aéroport d'offrir des services aux voyageurs dans les deux langues — En principe, une administration aéroportuaire doit se conformer à toutes les dispositions d'une partie de la Loi qui lui est rendue applicable — Le législateur a utilisé à dessein les termes « administration » et « aéroport » à l'art. 4(1) — Les administrations aéroportuaires sont assimilées à toute autre institution fédérale assujettie à la Loi — Les mots « l'aéroport est assimilé aux bureaux de cette institution, à l'exclusion de son siège ou de son administration centrale » à l'art. 4(1) énoncent une présomption selon laquelle l'aéroport est considéré comme un bureau et non comme le siège de l'administration, peu importe où le siège se trouve par rapport à l'aéroport — L'application de la Loi ne dépend donc pas du fait que le siège de l'administration aéroportuaire est situé dans les locaux de l'aéroport ou ailleurs — Rien à l'art. 4(1) ne suggère qu'une administration aéroportuaire serait dépourvue de siège aux fins de l'art. 22 de la Loi — Si l'achalandage annuel d'un aéroport dépasse le million de passagers, c'est l'art. 23 qui s'applique — En l'espèce, l'aéroport de St. John's a satisfait aux critères de la demande importante uniquement en ce qui a trait à l'art. 23 — Afin de déterminer si un service ou une communication est visé par l'art. 23, il ne faut pas se demander s'il est « utile aux voyageurs », en ce sens que le service ou la communication est lié au voyage lui-même — Il faut plutôt se demander si ce service ou cette communication est offert ou destiné aux voyageurs, en ce sens que ses destinataires ou bénéficiaires sont en totalité ou en partie importante des voyageurs — La défenderesse a admis qu'au moment des plaintes, de nombreuses pages n'étaient pas disponibles en français ou ne présentaient pas un contenu de qualité égale dans les deux langues — Elle a également admis que ces renseignements « utiles aux voyageurs » auraient dû être publiés dans les deux langues sur les médias sociaux — La défenderesse a violé l'art. 22 de la Loi en publiant ses rapports annuels et ses plans de développement en anglais seulement — La préparation et la publication de rapports annuels, de plans de développement et de communiqués de presse est une fonction intimement rattachée au siège de la défenderesse — La défenderesse a violé l'art. 22 en ne publiant ces documents qu'en anglais — La grille d'analyse proposée par la Cour suprême dans l'arrêt *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, a été appliquée dans la présente affaire pour déterminer s'il était convenable et juste de condamner la défenderesse à payer des dommages-intérêts — La défenderesse a fait valoir que l'absence de préjudice personnel empêche le demandeur de réclamer des dommages-intérêts à quelque titre que ce soit — Toutefois, cette position était incompatible avec la structure de la Loi et les fonctions de dissuasion et de défense des droits qui sous-tendent l'octroi de dommages-intérêts en vertu de l'art. 77 de la Loi — La conception étroite de la défenderesse rendrait en pratique impossible l'octroi de dommages-intérêts et découragerait le recours à l'art. 77 — En l'espèce, l'octroi de dommages-intérêts poursuit un objectif de dissuasion — À la lumière de l'ensemble de ces circonstances, il était convenable et juste de condamner la défenderesse à verser des dommages-intérêts au demandeur — Demande accueillie.

THIBODEAU C. ADMINISTRATION DE L'AÉROPORT INTERNATIONAL DE ST. JOHN'S (T-1023-19, 2022 CF 563, juge Grammond, motifs du jugement en date du 21 avril 2022, 37 p.)

## PRATIQUE

## JUGEMENTS ET ORDONNANCES

*Exécution*

*Voir aussi : Impôt sur le revenu*

Ordonnances de constitution de charges — Requête en vue d'obtenir une ordonnance annulant la charge provisoire qui grève un logement en copropriété à Toronto (bien), obtenue par le ministère de la Justice pour le compte de Sa Majesté la Reine du chef du Canada et de l'Agence du revenu du Canada (intimés) par ordonnance de la Cour en application de l'art. 223 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 — L'ARC a enregistré auprès de la Cour, à l'encontre de la partie requérante, un certificat faisant état d'une dette fiscale — Les intimés ont déposé une requête *ex parte* en vue d'obtenir une charge provisoire pour garantir le paiement de la dette fiscale contre l'intérêt de la partie requérante dans le bien — La Cour a rendu une ordonnance provisoire par laquelle elle a accueilli la requête des intimés et exigé que la partie requérante fasse valoir pourquoi la charge provisoire ne devrait pas être déclarée définitive — La partie requérante est un conseiller financier et gestionnaire de patrimoine — Il aide à créer et à mettre en œuvre des fiducies canadiennes de manière qu'elles détiennent des immeubles de placement — La preuve a établi que la partie requérante avait un intérêt juridique dans le bien du fait de sa qualité de fiduciaire de la fiducie Richie Rich Holdings (fiducie RRH) — Les titres du bien désignent la partie requérante et les cofiduciaires comme étant les fiduciaires du bien — La partie requérante a fait valoir qu'à titre de fiduciaire de la fiducie RRH, il n'est pas un débiteur judiciaire ayant un intérêt dans le bien au sens de la règle 458 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, parce que : l'interprétation par les intimés du terme « débiteur judiciaire » fait fi du fait qu'il a contracté une dette fiscale en sa qualité personnelle et non en sa qualité de fiduciaire de la fiducie RRH; le fiduciaire qui détient un bien en fiducie ne « détient [pas] un intérêt » dans ce bien au sens de la règle 458 — Il s'agissait principalement de savoir si la charge provisoire devrait être annulée — L'interprétation par les intimés du terme « débiteur judiciaire » à la règle 458 ne tient pas compte des rôles distincts du syndic — Le fiduciaire agit à titre de fiduciaire au profit des bénéficiaires de la fiducie — Il est tenu de maintenir une distinction entre ses affaires personnelles d'une part et les affaires et les biens de la fiducie d'autre part afin de protéger les intérêts des bénéficiaires de la fiducie — En l'espèce, la dette fiscale n'était pas une dette de la fiducie RRH et l'ARC ne pouvait se servir du bien en fiducie pour acquitter la dette de la partie requérante — La common law reconnaît l'existence d'une distinction entre la propriété en common law et la propriété bénéficiaire — La partie requérante est un débiteur judiciaire aux fins de la dette fiscale et de la règle 458 à titre personnel seulement — L'intérêt de la partie requérante dans le bien à titre de fiduciaire n'est pas un intérêt dans le bien au sens de la règle 458(1)a(i) — Il n'y avait pas de mal à ce que les intimés se fondent sur la règle 458(1) pour présenter leur requête *ex parte* sur le fondement étroit de l'intérêt juridique de la partie requérante à titre de fiduciaire de la fiducie RRH — Toutefois, ils ne peuvent maintenant, du fait qu'ils ont obtenu une charge provisoire, abandonner leur théorie en droit et se lancer dans un contre-interrogatoire exhaustif de la partie requérante parce que celle-ci a répondu et a fait valoir les raisons pour lesquelles la charge provisoire doit être annulée — La requête *ex parte* fondée sur la règle 458(1) ne devrait pas servir de porte d'entrée — Les arguments de la partie requérante ont réfuté le fondement sur lequel la charge provisoire a été imposée — Requête accueillie.

CANADA (REVENU NATIONAL) C. SHAKER (ITA-143-22, 2022 CF 407, juge Walker, motifs de l'ordonnance en date du 24 mars 2022, 23 p.)

## SUSPENSION D'INSTANCE

Requête de la défenderesse afin de solliciter, en vertu de l'art. 50.1 ou de l'art. 50(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), c. F-7 (la Loi), une ordonnance de sursis au recours collectif envisagé au motif que la défenderesse avait l'intention de mettre en cause un tiers en vue d'obtenir une contribution et une indemnisation et que la Cour fédérale n'aurait pas compétence sur cette mise en cause — La demanderesse, une contribuable canadienne, a présenté le recours collectif envisagé contre la défenderesse en vue d'obtenir des dommages-intérêts et d'autres redressements en lien avec des allégations de brèches de données et de communication non autorisée de données à un tiers qui en aurait résulté, soit des renseignements personnels et financiers figurant dans les comptes en ligne de ces derniers pour des sites du gouvernement du Canada, y compris de l'Agence du revenu du Canada — Le cabinet d'avocats de la demanderesse a par la suite subi un incident de cybersécurité et une attaque au rançongiciel — La défenderesse entendait procéder à la mise en cause contre le cabinet d'avocats de la demanderesse et souhaitait suspendre le recours collectif en vertu de l'art. 50.1 de la Loi au motif que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour instruire la mise en cause — La défenderesse a sollicité subsidiairement, invoquant l'art. 50(1) de la Loi, une suspension discrétionnaire sur la base que l'intérêt de la justice exigeait que ce litige soit soumis à une cour supérieure provinciale, laquelle aurait compétence à l'égard des deux réclamations (réclamations déposées contre la défenderesse et celles déposées contre le

**PRATIQUE—Fin**

cabinet d'avocats — Il s'agissait de savoir si l'action devait être suspendue en vertu des art. 50.1 et 50(1) de la Loi — L'art. 50.1 prévoit une suspension obligatoire des procédures à la Cour fédérale lorsque la Couronne entend procéder à une mise en cause que la Cour fédérale n'a pas compétence pour trancher — Conformément au critère énoncé dans la décision *Dobbie c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 552, la défenderesse devait démontrer a) qu'elle entend véritablement procéder à une mise en cause qui sera vraisemblablement accueillie; et b) que sa procédure de mise en cause n'est pas de la compétence de la Cour fédérale — La demanderesse a reconnu que la mise en cause envisagée de la défenderesse contre le cabinet d'avocats n'était pas de la compétence de la Cour fédérale — Seule la première exigence, soit la question de savoir s'il est vraisemblable que la procédure de mise en cause soit accueillie, était en jeu entre les parties — Dans le cas d'une catégorie de dommages causés en tout ou en partie à la fois par le défendeur et un tiers potentiel, si le demandeur réclame au défendeur seulement la partie des dommages qui est attribuable à ce dernier, le défendeur ne peut exercer un recours récursoire contre le tiers — Par conséquent, la mise en cause envisagée de la défenderesse en l'espèce n'avait aucune chance d'être accueillie, et la requête en suspension au titre de l'art. 50.1 devait être rejetée — En ce qui concerne l'argument subsidiaire de la défenderesse, la décision de suspendre une instance en vertu de l'art. 50(1) est une décision discrétionnaire et une suspension ne doit être accordée que dans les cas les plus clairs, l'élément déterminant étant de savoir si l'intérêt de la justice justifie une telle issue — Les parties divergeaient sur la question de savoir si l'art. 50(1)a) s'applique uniquement à une situation où la demande est actuellement en instance devant un autre tribunal — La demanderesse a soutenu que l'art. 50(1)a) traite des instances faisant double emploi et que l'art. 50(1)b) s'applique uniquement aux circonstances autres que les instances faisant double emploi — Cet argument a été rejeté — La Cour ne saurait se voir priver de la compétence d'accorder une suspension dans une circonstance où il se peut que des instances présentant un certain degré de double emploi ou de chevauchement soient engagées ultérieurement, si l'intérêt de la justice justifie ce résultat — Quoi qu'il en soit, si l'on applique les principes énoncés dans la décision *Canada (Procureur général) c. Premières nations de Cold Lake*, 2015 CF 1197, il n'y avait pas de raison dans la présente affaire de conclure que la continuation de l'action devant la Cour fédérale causerait un préjudice ou une injustice à la défenderesse — En outre, il n'était pas du tout évident que les facteurs relatifs à l'économie des ressources judiciaires seraient favorables à une suspension — La Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder une suspension en vertu de l'art. 50(1) — Requête rejetée.

CAMPEAU C. CANADA (T-982-20, 2021 CF 1449, juge Southcott, motifs de l'ordonnance en date du 20 décembre 2021, 28 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Tests de dépistage de drogues et d'alcool — Requête sollicitant une injonction interlocutoire provisoire visant à surseoir à l'application des dispositions contestées du document d'application de la réglementation de la Commission canadienne de sûreté nucléaire (CCSN) intitulé REGDOC-2.2.4 : Aptitude au travail, tome II : Gérer la consommation d'alcool et de drogues, version 3 (RegDoc) — Ce document oblige les titulaires de permis exploitant des sites nucléaires à sécurité élevée de catégorie 1 à mettre en œuvre un processus de dépistage de la présence d'alcool et de drogues chez les travailleurs dans des situations déterminées — La requête visait également à interdire à la CCSN d'obliger les titulaires de permis à mettre en œuvre un processus de dépistage d'alcool et de drogues au travail en vertu des dispositions contestées du RegDoc à titre de condition de leur permis; et à interdire aux titulaires de permis de mettre en œuvre le dépistage d'alcool et de drogues au travail en vertu des dispositions contestées du RegDoc — La CCSN est un tribunal administratif indépendant constitué en vertu de la *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires*, L.C. 1997, ch. 9 (Loi) — Toutes les personnes exploitant des installations nucléaires doivent le faire en conformité avec le permis délivré par la CCSN — La demande de permis visant une installation nucléaire de catégorie 1 doit exposer le programme de performance humaine proposé pour l'activité visée, y compris les mesures qui seront prises pour assurer l'aptitude au travail des travailleurs — L'objet du RegDoc vise à renforcer les programmes et politiques d'aptitude au travail actuellement en vigueur dans les installations nucléaires à sécurité élevée de catégorie 1 — Les demandeurs ont affirmé que les mesures prévoyant le dépistage aléatoire et le dépistage préalable à l'affectation pour les postes essentiels sur le plan de la sûreté sont exagérément envahissantes en plus d'être inutiles — Les employeurs ont mis au point une politique conjointe de mise en œuvre du RegDoc — Les griefs ont été renvoyés à l'arbitrage — L'arbitre a conclu qu'il n'avait pas compétence pour accorder aux demandeurs une injonction provisoire — Il a appliqué le critère à trois volets servant à déterminer s'il y a lieu d'accorder la mesure provisoire sollicitée (il existe une question sérieuse à trancher; les demandeurs subiront un préjudice irréparable si l'injonction n'est pas accordée; la prépondérance des inconvénients joue en leur faveur) — Concernant la question du préjudice irréparable, l'arbitre a conclu que le droit d'une personne à la protection de ses échantillons de substances corporelles et des renseignements personnels éventuellement contenus dans ces échantillons se situait à l'extrémité supérieure du continuum du droit au respect de la vie privée et que le préjudice susceptible d'être causé par des tests qui seraient ultérieurement déclarés inacceptables serait irréparable — Il a par ailleurs conclu que la prépondérance des inconvénients favorisait l'octroi du sursis, car les

**RELATIONS DU TRAVAIL—Fin**

employeurs n'ont pas démontré que l'impossibilité de mettre en œuvre les tests avant le prononcé d'une décision sur le fond de l'affaire entraînerait un préjudice important — Il s'agissait de savoir si les demandeurs ont établi chacun des trois volets du critère cumulatif — Les questions soulevées par les demandeurs ne sont ni futiles ni vexatoires — Les demandeurs ont satisfait au premier volet du critère tripartite — Ils ont également établi, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'un préjudice irréparable — Si les défendeurs ont soutenu que la simple allégation d'une violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne permet pas d'établir l'existence d'un préjudice irréparable, les demandeurs ont invoqué la jurisprudence en matière d'arbitrage pour faire valoir que la saisie non consensuelle de liquides corporels ou d'échantillons d'haleine peuvent entraîner un préjudice irréparable — La notion de préjudice irréparable est axée sur le préjudice subi par le requérant — L'origine du préjudice que le requérant cherche à éviter (que ce préjudice découle de la décision de l'employeur ou d'un organisme de réglementation) et le cadre législatif applicable au contrôle de la décision ou de la mesure contestée importent peu à cette étape de l'analyse tripartite — La position des demandeurs sur ce volet du critère n'a pas été écartée au motif qu'ils se sont fondés uniquement sur l'allégation d'une violation — Dans le contexte arbitral, les tests aléatoires de dépistage de drogues n'ont pas trouvé validation — Ce constat semble concorder avec la jurisprudence signalée par les demandeurs en matière d'injonction — Les tribunaux ont adopté une approche rigoureuse lorsqu'ils sont saisis d'affaires qui mettent en cause des fouilles fortement envahissantes menaçant l'intégrité corporelle — Les circonstances de l'affaire (notamment la nature du lieu de travail, la taille de la population cible, l'importance de la sûreté, les conséquences potentiellement graves d'une erreur) ont été examinées en l'espèce — Le cadre fortement réglementé dans lequel évoluent les travailleurs occupant un poste essentiel sur le plan de la sûreté ne fait pas en sorte que ceux-ci doivent avoir une attente réduite en matière de vie privée et que le préjudice découlant de la mise en œuvre de tests de dépistage aléatoires et préalables à l'affectation doit être considéré comme minime — Les intérêts en jeu en matière de vie privée en cas de fouille envahissante portant atteinte à l'intégrité physique d'une personne se situent à l'extrémité supérieure du continuum — Les mesures de ce genre sont assujetties à des normes et garanties strictes et mettent en jeu d'importants intérêts — L'existence d'un préjudice irréparable a été établie pour les tests de dépistage d'alcool et de drogue prévus par le RegDoc, qu'ils soient aléatoires ou préalables à l'affectation — Les demandeurs ont satisfait au troisième volet du critère tripartite — La protection du droit au respect de la vie privée constitue un intérêt public important et concurrent — Le prélèvement non consensuel de liquides corporels réalisé dans la foulée de la mise en œuvre du RegDoc est une conséquence qui, incontestablement, touche au cœur même du droit à la vie privée — Les demandeurs ont établi l'existence d'un préjudice qui pourrait être évité pour le bien du public si l'injonction demandée était accordée — Requête accueillie.

POWER WORKERS UNION C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1222-21, 2022 CF 73, juge Gleeson, motifs de l'ordonnance en date du 21 janvier 2022, 45 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

---

Available on the Internet at the following Web sites:

<http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/>

<http://publications.gc.ca/site/eng/369902/publication.html>

Disponible sur Internet aux sites Web suivants :

<http://recueil.cmf-fja.gc.ca/fra/>

<http://publications.gc.ca/site/fra/369902/publication.html>