



Federal Courts Reports

Recueil des décisions des Cours fédérales

2023, Vol. 2, Part 2

2023, Vol. 2, 2^e fascicule

Cited as [2023] 2 F.C.R., {⁴⁴³⁻⁸⁰²_{D-9-D-14}

Renvoi [2023] 2 R.C.F., {⁴⁴³⁻⁸⁰²_{F-9-F-15}

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

CASSANDRA JOHNSON
NATHAN GAGNIER

Production Coordinator

EMMA KALY

ARRÊTISTES

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

CASSANDRA JOHNSON
NATHAN GAGNIER

Coordonnatrice, production

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, 2024.

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

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

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

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêliste 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, 2024.

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

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

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêliste 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:

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

CONTENTS

Appeals noted	I–II
Judgments	443–802
Digests.	D-9–D-14

Ahmad v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 443

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Cessation of refugee protection — Application for judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision granting application by Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (Minister) to cease applicant's refugee protection — Applicant, citizen of Pakistan, claimed refugee protection because of threats from fundamentalist Sunni imam — RPD allowed his claim — Applicant subsequently became permanent resident — Later acquired new Pakistani passport — Used Pakistani passport to travel to Pakistan — Minister applied for cessation of applicant's refugee protection because applicant had reavailed himself of Pakistan's diplomatic protection — Minister argued entitled to rely on presumption of reavailment established when applicant renewed Pakistani passport — Also argued that reasons provided by applicant to justify trips to Pakistan insufficient to establish they were necessary to rebut presumption of reavailment — Applicant obtained Pakistani passport as tool to travel, protect his family — RPD accepted that applicant compelled to make first trip to settle inheritance dispute, but did not accept applicant compelled by special circumstances to return to Pakistan five more times — RPD determined that applicant had acted voluntarily — Found that applicant had intended to reavail himself of protection of his country by using passport on multiple occasions to enter, exit Pakistan — Also found that applicant had actually obtained diplomatic protection of Pakistan — Applicant asserted that RPD failed to conduct meaningful assessment of his central arguments in relation to whether he intended to reavail himself of Pakistan's diplomatic protection — Argued that any assessment of his subjective intention to reavail himself had to take into account his level of

Continued on next page

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

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

SOMMAIRE

Appels notés	I–II
Jugements	443–802
Fiches analytiques.	F-9–F-15

Ahmad c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 443

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Perte de l'asile — Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a accueilli la demande de constat de perte d'asile du demandeur, déposée par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre) — Le demandeur, un citoyen du Pakistan, a demandé l'asile, car il était menacé par un imam fondamentaliste sunnite — La SPR a accueilli sa demande d'asile — Le demandeur est par la suite devenu résident permanent — Il a plus tard obtenu un nouveau passeport pakistanais — Il s'en est servi pour se rendre au Pakistan — Le ministre a présenté une demande de constat de la perte d'asile du demandeur, au motif que ce dernier s'était réclamé de nouveau de la protection diplomatique du Pakistan — Le ministre a affirmé qu'il lui était loisible de se fonder sur la présomption d'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine qui a été établie lorsque le demandeur a renouvelé son passeport pakistanais — Il a aussi fait valoir que les motifs fournis par le demandeur pour justifier ses voyages au Pakistan ne suffisaient pas pour établir qu'ils étaient nécessaires pour réfuter la présomption d'intention — Le demandeur a obtenu un passeport pakistanais parce qu'il cherchait un outil lui permettant de voyager et de protéger sa famille — La SPR a été disposée à accepter que le demandeur ait été contraint d'effectuer son premier voyage pour régler un différend relatif à un héritage, mais elle n'a pas accepté le fait que des circonstances particulières l'ont obligé à retourner dans son pays les cinq autres fois — La SPR a établi que le demandeur avait agi volontairement — Elle a conclu que le demandeur, en utilisant son passeport à de multiples reprises, pour entrer au Pakistan et en ressortir, avait démontré qu'il avait

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

perceived risk where he was only to remain for short period of time — Whether RPD's decision reasonable — RPD's decision not reasonable — Determinative issue in this case related to second aspect of test on reavailment as set out in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Galindo Camayo (Galindo Camayo)*, i.e. establishment of subjective element of intent to reavail — Incumbent on RPD to have carried out individualized assessment of all evidence before it, including evidence adduced by applicant as to his subjective intent, in determining whether presumption of reavailment was rebutted in this case — *Galindo Camayo* introduced series of factors to which RPD should have regard when considering, balancing evidence — Other elements of evidence should then be assessed, weighed by RPD to arrive at final determination on which side of reavailment analysis scales fall — RPD did not assess reasonableness of applicant's claim as to reason why he acquired Pakistani passport — Simply stated that if applicant had truly needed to protect his family, RPD would have expected him to have travelled to Pakistan more than 5 times in 13 years — RPD's analysis unintelligible, sheer speculation — RPD failed to address reason why applicant had only travelled to Pakistan five times since obtaining permanent residence — Did not engage with evidence that arguably went to possibly defeating presumption of reavailment — Assessment of applicant's intent to reavail himself of diplomatic protection of Pakistan had to take into account his perceived level of risk of persecution within context of circumstances of his return to Pakistan — Focus throughout analysis of cessation case should be on whether refugee's conduct can reliably indicate that refugee intended to waive protection of country of asylum — Engagement with specific submissions of refugee addressing their subjective intent to reavail, nature of agent of persecution featuring prominently as part of *Galindo Camayo* factors — RPD failed to consider how compelling applicant's reasons were from his own perspective — Obligated to assess significance of these reasons, their impact on issue of applicant's intention to reavail himself of protection of Pakistan — Seriousness of impact of RPD's decision on applicant increased duty on RPD to explain its decision — Application allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine — Elle a aussi conclu que le demandeur avait en fait obtenu la protection diplomatique du Pakistan — Le demandeur a affirmé que la SPR n'a pas procédé à une évaluation valable de ses principaux arguments concernant la question de savoir s'il avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection diplomatique du Pakistan — Il a soutenu que toute évaluation de son intention subjective de se réclamer de nouveau de la protection du Pakistan devait tenir compte de son degré de risque perçu, sachant qu'il ne devait rester que pendant une courte période — Il s'agissait de déterminer si la décision de la SPR était raisonnable — La décision était déraisonnable — La question déterminante en l'espèce portait sur le deuxième volet du critère tel qu'établi dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Galindo Camayo (Galindo Camayo)*, à savoir l'établissement de l'élément subjectif de l'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine — Il incombait à la SPR de procéder à une évaluation individualisée de tous les éléments de preuve dont elle disposait, y compris les éléments de preuve produits par le demandeur quant à son intention subjective, pour déterminer si la présomption selon laquelle il s'était réclamé de nouveau de la protection de son pays de nationalité a été réfutée en l'espèce — L'arrêt *Galindo Camayo* a présenté une série de facteurs que la SPR devrait prendre en considération au moment d'examiner et de pondérer les éléments de preuve — La SPR devrait alors évaluer et pondérer d'autres éléments de preuve pour décider, de manière définitive, de quel côté de l'analyse touchant le fait de se réclamer de la protection de son pays d'origine la balance penche — La SPR n'a d'aucune façon évalué le caractère raisonnable de l'allégation du demandeur quant à la raison pour laquelle il a obtenu le passeport pakistanais — Elle a simplement déclaré que, si le demandeur avait dû réellement protéger sa famille, elle se serait attendue à ce qu'en 13 ans, il se rende au Pakistan plus que 5 fois seulement — L'analyse de la SPR était inintelligible et elle faisait appel à de la pure spéculation — La SPR a omis de traiter la raison pour laquelle, depuis qu'il avait obtenu la résidence permanente, le demandeur ne s'était rendu au Pakistan que cinq fois — La SPR n'a pas tenu compte des éléments de preuve qui auraient vraisemblablement amené à réfuter la présomption d'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine — L'évaluation de l'intention du demandeur de se réclamer de nouveau de la protection diplomatique du Pakistan devait tenir compte de son niveau de risque ou de crainte de persécution perçu, dans le contexte des circonstances de son retour au Pakistan — Tout au long de l'analyse d'un cas de perte d'asile, l'accent doit être mis sur la question de savoir si le comportement du réfugié peut indiquer de manière fiable que le réfugié avait l'intention de renoncer à la protection du pays d'asile — Tenir compte des observations

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Innovative Medicines Canada v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) 473

Patents — Appeal from Federal Court decision concluding that Governor in Council’s decision to enact *Regulations Amending the Patented Medicines Regulations* (Additional Factors and Information Reporting Requirements), s. 6 (amending regulation) to change list of comparator countries in *Patented Medicines Regulations* (Regulations) reasonable — As result of amendment, United States, Switzerland dropped from list, six new countries added — *Patent Act*, s. 101(1) giving Governor in Council power to enact, amend regulations — Appellants submitted that Governor in Council acted unreasonably by choosing certain countries in order to advance agenda or fulfil purpose contrary to s. 85 and the *Patent Act* — Respondent submitted that list of comparator countries changed to modernize tools used by Board to detect excessive pricing — Federal Court found that enactment of new list not constituting improper form of price control, price regulation — Whether Governor in Council’s decision to make amending regulation reasonable — Following *Portnov v. Canada (Attorney General)* (F.C.A.), amending regulation to be assessed following methodology in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov* (S.C.C.) — Decision to make amending regulation reasonable — Based on reasonable interpretation of regulation-making power in s. 101(1) — Authority conferred on Governor in Council therein broad — Supporting change to list of comparator countries — Possible to discern reasoned explanation from Regulatory Impact Analysis Statement — Such statements commonly accepted source of reasons behind decisions made by Governor in Council — Lowering of overall cost of medicines natural consequence of amendments — Important not to confuse motive, policy, politics behind regulation with its pith and substance — Appeal dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

précises du défendeur, qui portent sur l’intention subjective de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d’origine, et de la nature de l’agent de persécution fait partie de ces facteurs énoncés dans l’arrêt *Galindo Camayo* qui occupent une place prédominante — La SPR a omis d’examiner dans quelle mesure les motifs du demandeur étaient, du point de vue de celui-ci, impérieux — Elle avait l’obligation d’évaluer l’importance de ces motifs et leur incidence sur la question de l’intention du demandeur de se réclamer de nouveau de la protection du Pakistan — La gravité des répercussions de la décision de la SPR sur le demandeur a renforcé l’obligation de la SPR d’expliquer sa décision — Demande accueillie.

Médicaments Novateurs Canada c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) 473

Brevets — Appel d’une décision de la Cour fédérale qui a conclu que la décision du gouverneur en conseil d’adopter l’article 6 du *Règlement modifiant le Règlement sur les médicaments brevetés* (facteurs additionnels et exigences supplémentaires relatives à la fourniture de renseignements) (le règlement modificateur) qui modifie la liste des pays de comparaison contenue à l’annexe du *Règlement sur les médicaments brevetés* (le Règlement) était raisonnable — À la suite de la modification, les États-Unis et la Suisse ont été retirés de la liste et six nouveaux pays ont été ajoutés — Le paragraphe 101(1) de la *Loi sur les brevets* donne au gouverneur en conseil le pouvoir de promulguer et de modifier des règlements — Les appelantes ont affirmé que le gouverneur en conseil a agi de manière déraisonnable en choisissant certains pays afin de faire avancer un programme ou de remplir un objectif de manière contraire à l’article 85 et à la *Loi sur les brevets* — L’intimé a soutenu que la liste des pays de comparaison a été modifiée afin de moderniser les outils que le Conseil utilise pour repérer les prix excessifs — La Cour fédérale a conclu que l’adoption d’une liste de onze pays de comparaison ne constituait pas en soi une forme inappropriée de contrôle et de réglementation des prix — Il s’agissait de déterminer si la décision du gouverneur en conseil de prendre le règlement modificateur était raisonnable — Depuis l’arrêt *Portnov c. Canada (Procureur général)* (C.A.F.), le règlement modificateur doit être évalué en suivant la méthodologie indiquée dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov* (C.S.C.) — La décision de prendre le règlement modificateur était raisonnable — La décision était fondée sur une interprétation raisonnable du pouvoir de réglementation prévu au paragraphe 101(1) de la *Loi sur les brevets* — Le pouvoir de réglementation conféré au gouverneur en conseil dans cette disposition est large — Ce pouvoir soutient la modification de la liste des pays de comparaison — Une explication motivée peut être discernée dans le résumé de l’étude d’impact de la réglementation — Les déclarations de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Federal Court concluding that Governor in Council's decision to enact *Regulations Amending the Patented Medicines Regulations (Additional Factors and Information Reporting Requirements)*, s. 6 (amending regulation) to change list of comparator countries in *Patented Medicines Regulations* (Regulations) reasonable — As result of amendment, United States, Switzerland dropped from list, six new countries added — Following *Portnov v. Canada (Attorney General)* (F.C.A.), amending regulation was to be assessed following methodology in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov* (S.C.C.), not *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)* (S.C.C.) — Under *Vavilov*, challenger not having to overcome presumption decision is reasonable — Under *Katz*, challenger having to overcome presumption regulation is valid — Presumption overcome only if regulation “irrelevant”, “extraneous” or “completely unrelated” to the “statutory purpose” — Reasonableness review not entering into matter at all — This is “hyperdeferential” test — *Vavilov* applying to all administrative decisions, including those that make regulations — Regulations, municipal by-laws, orders-in-council, administrative rules, administrative rulings on the merits appearing to be different from each other but only if courts fasten onto differences in form — *Vavilov* saying this judicial fastening onto differences in form having to stop — While courts should not lightly interfere with decision making by Governor in Council, key is limiting statutory language — *Vavilov*, not *Katz*, going straight to that key, focusing on what meanings language of regulation-making power can reasonably bear — Difference between *Vavilov*, *Katz* can lead to drastically different results — Preferring *Vavilov* over *Katz* about maintaining balance in separation of powers, ensuring that all holders of public powers accountable to law.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ce genre sont une source communément acceptée des motifs des décisions prises par le gouverneur en conseil — La baisse du coût global des médicaments est une conséquence naturelle des modifications — Il est important de ne pas confondre le motif, les fins économiques et la politique qui sous-tendent un règlement avec son caractère véritable — Appel rejeté.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — La Cour fédérale a conclu que la décision du gouverneur en conseil d'adopter l'article 6 du *Règlement modifiant le Règlement sur les médicaments brevetés (facteurs additionnels et exigences supplémentaires relatives à la fourniture de renseignements)* (le règlement modificateur) qui modifie la liste des pays de comparaison contenue à l'annexe du Règlement sur les médicaments brevetés (le Règlement) était raisonnable — À la suite de la modification, les États-Unis et la Suisse ont été retirés de la liste et six nouveaux pays ont été ajoutés — Depuis l'arrêt *Portnov c. Canada (Procureur général)* (C.A.F.), le règlement modificateur doit être évalué en suivant la méthodologie indiquée dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov* (C.S.C.) et non celle de l'arrêt *Katz Group Canada Inc. c. Ontario* (Santé et Soins de longue durée) (C.S.C.) — Selon l'arrêt *Vavilov*, le contestataire n'a pas à renverser la présomption que la décision est raisonnable — Selon l'arrêt *Katz*, le contestataire doit renverser la présomption que le règlement est valide — Cette présomption ne peut être renversée que si le règlement repose sur des considérations « sans importance », qu'il est « non pertinent » ou « complètement étranger » à l'« objet de la loi » — L'examen du caractère raisonnable n'entre pas du tout en ligne de compte — Il s'agit d'un critère lié à l'[TRADUCTION] « hyperretenue » — L'arrêt *Vavilov* s'applique à toutes les décisions administratives, y compris celles qui consistent à prendre des règlements — Les règlements, les règlements municipaux, les décrets, les règles administratives et les décisions administratives sur le fond semblent être différents les uns des autres, mais seulement si l'on s'attache aux différences de forme — Selon l'arrêt *Vavilov*, il faut mettre fin à cet attachement aux différences de forme — Alors que les tribunaux ne devraient pas s'immiscer à la légère dans la prise de décision du gouverneur en conseil, l'élément clé est le libellé limitatif des dispositions législatives — L'arrêt *Vavilov*, non pas l'arrêt *Katz*, vise directement cet élément, en se concentrant sur les significations que le libellé du pouvoir de réglementation peut raisonnablement revêtir — Cette différence entre l'arrêt *Vavilov* et l'arrêt *Katz* peut conduire à des résultats radicalement différents — Privilégier l'arrêt *Vavilov* par rapport à l'arrêt *Katz* maintien l'équilibre dans la séparation des pouvoirs et de veille à ce que tous les détenteurs de pouvoirs publics soient responsables devant la loi.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Crocs Canada Inc. v. Double Diamond Distribution Ltd. (F.C.) 502

Industrial Design — Infringement — Action by plaintiffs for infringement of Canadian Industrial Design No. 120939 ('939 Design); counterclaim by defendant for invalidity of '939 Design — Crocs Canada, Inc. (Crocs Canada) licensee of Crocs Inc. (Crocs US) (collectively plaintiffs) — Crocs US primarily in business of designing, creating, developing, manufacturing, selling, marketing footwear — Defendant, Saskatchewan corporation operating as Dawgs, Canada Dawgs, having line of footwear in Canada called Fleece Dawgs, manufactured abroad, imported into Canada, sold online on various websites — Plaintiffs, defendant competitors in market for clog-style footwear in Canada — Plaintiffs alleging that defendant's Fleece Dawgs footwear unlawful imitations, infringing copies of Crocs' registered '939 Design — Further asserting that defendant's Fleece Dawgs products not differing substantially from '939 Design, that defendant not meeting its burden of proving '939 Design invalid — Plaintiffs thus seeking declaratory relief, accounting of profits, pre- and post-judgment interest, costs — Defendant denying Fleece Dawgs products unlawful imitations, infringing copies of '939 Design; alleging in particular differentiation between its footwear, '939 Design — Presenting counterclaim for invalidity or non-infringement declarations, seeking costs on solicitor-client basis, further alleging plaintiffs' action vexatious, abusive, frivolous — Whether '939 Design invalid because (a) comprising of more than one design contrary to *Industrial Design Regulations*, s. 10, or (b) not original having regard to prior art — Whether any design features of '939 Design dictated solely by utilitarian function — Whether defendant infringed '939 Design based on its making, importing for purposes of trade or business, selling, offering, exposing for sale its Fleece Dawgs footwear — If '939 Design valid, infringed, whether: (a) plaintiffs entitled to accounting of defendant's profits, quantum of said profits; (b) defendant's profit analysis for Fleece Dawgs products, supporting financial statements admissible — Whether action vexatious, abusive or frivolous — Whether defendant entitled to costs of action on solicitor-client basis — Whether plaintiffs' delay in commencing action entitling defendant to inference of no infringement, disentitling plaintiffs to relief — Regarding validity, defendant's argument in particular that there was fundamental design deficiency, as well as prior art that rendered '939 Design invalid rejected — Based on evidence in case, there was no design in prior art that had combination of features described by figures that comprised '939 Design — Further, there were substantial differences between '939 Design, asserted prior art — '939 Design pioneered new, uncrowded, subfield of footwear aesthetics that was original in overall appearance, with nothing like it previously in market — Therefore, '939 Design was

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Crocs Canada Inc. c. Double Diamond Distribution Ltd. (C.F.) 502

Dessins industriels — Violation — Action pour violation intentée par les demanderesse et visant le dessin industriel n° 120939 enregistré au Canada (dessin '939); demande reconventionnelle en invalidité du dessin '939 présentée par la défenderesse — Crocs Canada, Inc. (Crocs Canada) est titulaire d'une autorisation de Crocs Inc. (Crocs US) (collectivement, les demanderesse) — Les activités de Crocs US consistent principalement à concevoir, créer, élaborer, fabriquer, vendre et commercialiser des chaussures — La défenderesse, une société de la Saskatchewan qui exerce ses activités sous le nom de Dawgs et de Canada Dawgs, a une gamme de chaussures au Canada, appelée Fleece Dawgs, qui est fabriquée à l'étranger, importée au Canada et vendue en ligne sur différents sites Web — Au Canada, les demanderesse et la défenderesse sont des concurrentes sur le marché des chaussures de style sabot — Les demanderesse alléguent que les chaussures Fleece Dawgs de la défenderesse sont des imitations illégales et des copies contrefaites du dessin '939 enregistré par Crocs — En outre, elles faisaient valoir que les produits Fleece Dawgs de la défenderesse ne diffèrent pas de façon importante du dessin '939 et que la défenderesse ne s'était pas acquittée du fardeau qui lui incombait de prouver que le dessin '939 était invalide — Les demanderesse demandaient donc un jugement déclaratoire, la restitution des profits, des intérêts avant et après jugement et des dépens — La défenderesse niait que les produits Fleece Dawgs étaient des imitations illégales et des copies contrefaites du dessin '939; et énumérait des points de distinction entre ses chaussures et le dessin '939 — Elle a présenté une demande reconventionnelle en vue d'obtenir des déclarations d'invalidité ou d'absence de contrefaçon et demandait des dépens sur une base avocat-client au motif que l'action intentée par les demanderesse était vexatoire, abusive et frivole — Le dessin '939 était-il invalide au motif a) qu'il est composé de plus d'un dessin, en contravention avec l'article 10 du *Règlement sur les dessins industriels*, ou b) qu'il n'est pas original eu égard à l'art antérieur? — Les caractéristiques du dessin '939 résultaient-elles uniquement de la fonction utilitaire? — En fabriquant, en important à des fins commerciales, en vendant ainsi qu'en offrant et en exposant en vue de la vente ses chaussures Fleece Dawgs, la défenderesse a-t-elle contrefait le dessin '939? — Si le dessin '939 était valide et a été contrefait : a) les demanderesse avaient-elles droit à une restitution des profits perçus par la défenderesse et, si oui, à quelle hauteur? b) l'analyse des profits tirés des produits de la défenderesse ainsi que les états financiers justificatifs étaient-ils admissibles? — L'action intentée était-elle vexatoire, abusive ou frivole? — La défenderesse avait-elle droit à des dépens sur une base avocat-client? — Le temps mis par les demanderesse à intenter l'action donnait-il à la défenderesse le droit à une conclusion d'absence de contrefaçon et privait-il les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

original, was not invalidated by properly asserted prior art — Also, design features of '939 Design were not dictated solely by utilitarian function contrary to Industrial Design Act, s. 5.1(a) — Defendant infringed '939 Design — Four-part infringement analysis from perspective of “informed consumer” applied here — There were substantial differences between '939 Design, asserted, proven prior art which did not disclose any other shoes with combination of features specific in case — Having considered '939 Design, Fleece Dawgs shoe in their entirety, including points of differentiation asserted by defendant, it was not established that latter was sufficiently different from '939 Design to avoid finding of infringement — Was especially true given context of broad protection to which '939 Design entitled — Given plaintiffs’ success on action, action was not vexatious, abusive or frivolous — Furthermore, defendant not entitled to inference of no infringement by reason of plaintiffs’ delay in commencing action, plaintiffs were not disentitled to relief — By reason of its own delay in raising issue until trial of matter, defendant effectively precluded plaintiffs from opportunity to adduce evidence that might have assisted in explaining delay — Plaintiffs thus entitled to declaration that defendant infringed '939 Design — Awarded accounting of defendant’s profits with interest — Plaintiffs’ action allowed; defendant’s counterclaim dismissed.

Industrial Design — Infringement — Relief — Action by plaintiffs for infringement of Canadian Industrial Design No. 120939 ('939 Design); counterclaim by defendant for invalidity of '939 Design — Crocs Canada, Inc. (Crocs Canada) licensee of

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

demandereses de leur droit à une mesure de réparation? — En ce qui concerne la validité, l’argument de la défenderesse faisant valoir qu’il existait une lacune fondamentale sur le plan de la conception ainsi que des réalisations de l’art antérieur rendaient le dessin '939 invalide a été rejeté — Compte tenu des éléments de preuve présentés en l’espèce, aucun dessin dans l’art antérieur ne présentait la combinaison des caractéristiques qu’illustraient les figures composant le dessin '939 — De plus, il existait des différences importantes entre le dessin '939 et l’art antérieur invoqué — Le dessin '939 constituait une innovation dans le sous-domaine nouveau, donc peu exploité, de l’esthétique de la chaussure et il était original sur le plan de l’apparence générale, rien de semblable n’ayant existé auparavant sur le marché — Par conséquent, le dessin '939 était original et il n’était pas invalide en raison de l’art antérieur dûment invoqué — Également, les caractéristiques du dessin '939 ne résultaient pas uniquement de la fonction utilitaire, en contravention avec l’article 5.1 de la *Loi sur les dessins industriels* — La défenderesse a contrefait le dessin '939 — L’analyse de la contrefaçon à quatre volets du point de vue du « consommateur averti » s’appliquait ici — Il existait des différences importantes entre le dessin '939 et l’art antérieur invoqué et prouvé duquel ne ressortait aucune autre chaussure avec la combinaison de caractéristiques spécifiques en l’espèce — Après avoir examiné le dessin '939 et la chaussure Fleece Dawgs dans leur ensemble, notamment les points de distinction relevés par la défenderesse, il n’a pas été établi que la chaussure était suffisamment différente du dessin '939 pour empêcher de conclure à la contrefaçon — Cela était particulièrement véridique surtout lorsqu’on les examinait dans le contexte de la protection étendue à laquelle le dessin '939 avait droit — Étant donné que les demanderesses ont obtenu gain de cause dans leur action, l’action n’était ni vexatoire, ni abusive, ni frivole — De plus, la conclusion d’absence de contrefaçon en raison du temps qu’ont mis les demanderesses à intenter l’action n’a pu être tirée en faveur de la défenderesse, et les demanderesses n’ont pas été privées de leur droit à une mesure de réparation — En raison du temps qu’elle a elle-même pris avant de soulever la question, c’est-à-dire seulement au procès, la défenderesse n’a effectivement pas donné l’occasion aux demanderesses de présenter des éléments de preuve susceptibles d’expliquer le temps qu’elles ont mis à intenter l’action — Les demanderesses ont donc eu droit à une déclaration selon laquelle la défenderesse avait contrefait le dessin '939 — Elles se sont vu accorder la restitution des profits de la défenderesse, avec intérêts — Action des demanderesses accueillie; demande reconventionnelle de la défenderesse rejetée.

Dessins industriels — Violation — Réparation — Action pour violation intentée par les demanderesses et visant le dessin industriel n° 120939 enregistré au Canada (dessin '939); demande reconventionnelle en invalidité du dessin '939 présentée par la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Crocs Inc. (Crocs US) (collectively plaintiffs) — Defendant, Saskatchewan corporation operating as Dawgs, Canada Dawgs, having line of footwear in Canada called Fleece Dawgs sold online on various websites — Plaintiffs, defendant competitors in market for clog-style footwear in Canada — Plaintiffs establishing validity of their '939 Design, defendant's infringement of such Design — Plaintiffs thus entitled to defendant's profits from sales of its Fleece Dawgs footwear from November 1, 2014, being three years before plaintiffs commenced their action, until December 30, 2018, when '939 Design expired — Industrial Design Act, s. 18 providing that no remedy is available for acts of infringement that occurred more than three years before action for infringement was started — Defendant failed to meet its burden to prove deductible expenses — In circumstances, plaintiffs, having elected to recover accounting of defendant's profits instead of damages, were entitled to \$649 779.17 — Defendant not proving any bar to equitable relief elected by plaintiffs — Plaintiffs establishing unreliability, inadmissibility of defendant's financial statements.

Canada (Attorney General) v. Almrei (F.C.A.) 560

Security Intelligence — Appeal from Federal Court order finding, as question of law, that summaries of information protected by human source privilege pursuant to *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act), s 18.1 may be authorized by Federal Court judge seized of application made under s. 18.1(4)(a) in context of civil proceedings, where that summary does not contain information that would identify or tend to identify human source — Present appeal brought by appellant on grounds that Designated Judge, in rendering order, erred in his interpretation of CSIS Act, s. 18.1 — Proceeding underlying present appeal was civil action initiated by respondent against Government of Canada in Ontario Superior Court — As part of civil action, respondent sought redress for alleged breaches of his rights under *Canadian Charter of Rights and Freedoms* — Respondent's claims brought against Government of Canada subsequent to security certificate proceedings — In course of discovery process for underlying civil action, respondent provided with partially redacted documents, partially redacted transcripts relating to proceedings involving security certificate — Redactions made to documents provided to respondent were based on claims of national security, human source privilege — Respondent subsequently sought disclosure of redacted information through two parallel applications filed before

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

défenderesse — Crocs Canada, Inc. (Crocs Canada) est titulaire de Crocs Inc. (Crocs US) (collectivement, les demanderesse) — La défenderesse, une société de la Saskatchewan qui exerce ses activités sous le nom de Dawgs et de Canada Dawgs, a une gamme de chaussures appelée Fleece Dawgs au Canada et qui est vendue en ligne sur différents sites Web — Au Canada, les demanderesse et la défenderesse sont des concurrentes sur le marché des chaussures de style sabot — Les demanderesse ont établi la validité de leur dessin '939 et la contrefaçon d'un tel dessin par la défenderesse — Les demanderesse ont donc eu droit aux profits que la défenderesse a tirés des ventes de ses chaussures Fleece Dawgs du 1^{er} novembre 2014, soit trois ans avant que les demanderesse intentent leur action, au 30 décembre 2018, soit la date d'expiration du dessin '939 — L'article 18 de la *Loi sur les dessins industriels* porte qu'une action en violation se prescrit par trois ans à compter de celle-ci — La défenderesse ne s'est pas acquittée de son fardeau d'établir les dépenses déductibles — Dans les circonstances, puisqu'elles ont choisi la restitution des profits perçus par la défenderesse, au lieu des dommages-intérêts, les demanderesse ont eu droit à la somme de 649 779,17 \$ — La défenderesse n'a pas démontré l'existence d'un obstacle à l'obtention de la mesure de réparation en equity sollicitée par les demanderesse — Les demanderesse ont établi le peu de fiabilité et l'inadmissibilité des états financiers de la défenderesse.

Canada (Procureur général) c. Almrei (C.A.F.) 560

Renseignement de sécurité — Appel d'une ordonnance de la Cour fédérale concluant, en tant que question de droit, que la communication de résumés d'informations protégées par le privilège des sources humaines en application de l'article 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (Loi sur le SCRS) peut être autorisée par un juge de la Cour fédérale saisi d'une demande faite en application de l'alinéa 18.1(4)a) dans le cadre d'une instance civile, lorsque ce résumé ne contient pas d'informations qui identifieraient la source humaine ou permettraient de découvrir son identité — Le présent appel a été interjeté par l'appelant au motif que le juge désigné, en rendant l'ordonnance, a commis une erreur dans son interprétation de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS — L'instance sous-jacente au présent appel était une action civile intentée par l'intimé contre le gouvernement du Canada devant la Cour supérieure de l'Ontario — Dans le cadre de l'action civile, l'intimé demandait des mesures de réparation pour des violations alléguées de ses droits que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés* — Les réclamations de l'intimé contre le gouvernement du Canada ont été présentées à la suite d'instances en matière de certificat de sécurité — Au cours du processus de communication préalable de l'action civile sous-jacente, l'intimé a reçu des documents partiellement expurgés concernant des instances en

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Federal Court — First application filed under *Canada Evidence Act* (CEA), s. 38.04(2)(c) while second application filed under CSIS Act, s. 18.1(4)(a) — In second application, respondent sought relief in form of summaries of information over which appellant claimed s. 18.1 privilege — Designated Judge reached conclusion that s. 18.1 allows issuance of summaries, in context of civil proceedings, that do not disclose identity of human source or from which identity of human source cannot be inferred — Compared s. 18.1 to other legislative schemes that explicitly provide for issuance of summaries — Concluded that, contrary to other legislative schemes, both CSIS Act, s. 18.1, CEA, s. 38 extend to proceedings before other tribunals or courts — Designated Judge accordingly found that it was open to interpret s. 18.1 in such a way as to preserve legislative intent of Parliament to protect identities of human sources while permitting disclosure of summaries of information to aid trial courts, in context of civil proceedings, as long as such summaries non-identifying — Whether Designated Judge correctly interpreted CSIS Act, s. 18.1 in finding that it allows designated judge of Federal Court to issue summaries in context of civil proceedings — Does CSIS Act, s. 18.1 allow for issuance of summaries, even non-identifying ones? — Section 18.1 creates absolute class privilege for CSIS human sources — Purpose of that privilege is to ensure that identity of human sources kept confidential in order to protect their life, security; to encourage individuals to provide information to the Service (s. 18.1(1)) — Parliament's intention was clear when it adopted s. 18.1: designated judge seized of application under this provision can either (i) prohibit disclosure of privileged information; (ii) order disclosure of information, if it is not subject to privilege; (iii) in context of criminal prosecution, information remains subject to privilege but can be disclosed, with conditions, in order to establish innocence of accused — Section 18.1 was intended to be more restrictive than CEA, s. 38 — Thus, if Parliament had intended to allow designated judge to issue summaries of information under s. 18.1, akin to ones contemplated in CEA s. 38, it would have expressly mentioned it in CSIS Act; yet, it chose not to — Although prohibition on disclosure of identity of human source in s. 18.1 is absolute, Parliament expressly envisaged one exception in limited context of criminal proceedings, which exception can be triggered in context of application made to designated judge under CSIS Act, s. 18.1(4)(b) when accused's innocence is at stake — Designated Judge erred in law in deciding that, pursuant to s. 18.1, Federal Court can authorize disclosure of summary of information by human source privilege in context of civil proceedings — In doing so, he ignored words, purpose of statute as well as intention of Parliament — CSIS Act, s. 18.1 declared not to allow issuance of summaries, including non-identifying ones, in context of civil proceedings — Appeal allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

matière de certificat de sécurité — Les suppressions apportées aux documents fournis à l'intimé étaient fondées sur des allégations relatives à la sécurité nationale et au privilège des sources humaines — L'intimé a par la suite demandé la communication des informations expurgées au moyen de deux demandes parallèles déposées devant la Cour fédérale — La première demande a été déposée en application de l'alinéa 38.04(2)c) de la *Loi sur la preuve au Canada* (LPC) alors que la deuxième demande a été déposée en application de l'alinéa 18.1(4)a) de la Loi sur le SCRS — Dans la deuxième demande, l'intimé a demandé une mesure de réparation sous la forme de résumés d'information à l'égard de laquelle le privilège fondé sur l'article 18.1 a été revendiqué par l'appelant — Le juge désigné a conclu que l'article 18.1 permet la communication de résumés, dans le cadre d'instances civiles, qui ne communiquent pas l'identité d'une source humaine ou qui ne permettent pas de découvrir son identité — Il a comparé l'article 18.1 à d'autres régimes législatifs qui prévoient explicitement la communication de résumés — Il a conclu que, contrairement à d'autres régimes législatifs, tant l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS que l'article 38 de la LPC s'étendent aux instances devant d'autres tribunaux ou cours — Le juge désigné a donc conclu qu'il était loisible d'interpréter l'article 18.1 de manière à préserver l'intention du législateur de protéger l'identité des sources humaines tout en permettant néanmoins la communication de résumés d'informations pour aider les tribunaux de première instance, dans le contexte des instances civiles, tant que ces résumés sont non-identificateurs — Il s'agissait de savoir si le juge désigné a correctement interprété l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS en concluant qu'il permet à un juge désigné de la Cour fédérale de communiquer des résumés dans le cadre d'instances civiles — La question en litige était de savoir si l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS permet la communication de résumés, même non identificateurs — L'article 18.1 crée un privilège générique absolu pour les sources humaines du SCRS — L'objet de ce privilège est de préserver l'anonymat des sources humaines afin de protéger leur vie et leur sécurité; et d'encourager les personnes physiques à fournir des informations au Service (paragraphe 18.1(1)) — L'intention du législateur était claire lorsqu'il a adopté l'article 18.1 : un juge désigné saisi d'une demande en application de cette disposition peut soit (i) interdire la communication de l'information privilégiée; (ii) ordonner la communication de l'information, si elle n'est pas assujettie au privilège; et, (iii) dans le cadre d'une poursuite criminelle, l'information demeure sujette au privilège, mais peut être communiquée, à certaines conditions, afin d'établir l'innocence de l'accusé — L'article 18.1 a été conçu pour être plus restrictif que l'article 38 de la LPC — Par conséquent, si le législateur avait eu l'intention de permettre à un juge désigné de communiquer des résumés d'informations en application de l'article 18.1, semblables à ceux visés à l'article 38 de la LPC,

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Ganeswaran v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 586

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Application to vacate — Abuse of process — Application for judicial review of Immigration and Refugee Board (I.R.B.), Refugee Protection Division (RPD) decision granting respondent's application to vacate applicants' Convention refugee status — Applicants family consisting of mother (principal applicant), her three sons — Principal applicant arrived in Canada approximately 15 years ago with her three sons, then aged 4, 8, 12 years old — Following year, applicants accepted as Convention refugees by RPD — In month following acceptance of their claim, immigration officials discovered that, contrary to applicants' claim, family had not arrived in Canada from Sri Lanka but had instead lived for many years in Switzerland, where all three of minor claimants were born — On June 2, 2008, more than one month after acceptance of applicants' refugee claim, immigration officer indicated their intention to request that positive refugee determination made by I.R.B. for applicants be vacated — Applicants filed application for permanent residence where they indicated which years they had lived in Switzerland, provided Swiss birth certificates for children — No decision was made on that application for permanent residence — Principal applicant not contacted about her refugee status, pending permanent residence application for approximately 10 years — Contact took place when respondent filed its application under *Immigration and Refugee Protection Act* (Act), s. 109 to vacate applicants' Convention refugee status in April 2018 — RPD found that there was no explanation for respondent's almost ten-year delay — RPD considered this delay inordinate but ultimately found that it could proceed with vacation application because applicants hadn't shown they suffered significant prejudice due to delay —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

il l'aurait expressément mentionné dans la Loi sur le SCRS; cependant, il a choisi de ne pas le faire — Bien que l'interdiction de divulguer l'identité d'une source humaine à l'article 18.1 soit absolue, le législateur a expressément envisagé une exception dans le cadre restreint des instances criminelles, laquelle peut s'appliquer dans le contexte d'une demande présentée à un juge désigné au titre de l'alinéa 18.1(4)b lorsque l'innocence d'un accusé est en jeu — Le juge désigné a commis une erreur de droit en décidant qu'en application de l'article 18.1, la Cour fédérale peut autoriser la communication d'un résumé d'informations par le privilège relatif aux sources humaines dans le cadre d'une instance civile — Ce faisant, il a fait fi des mots et de l'objet de la loi ainsi que de l'intention du législateur — Il a été déclaré que l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS ne permet pas la communication de résumés, notamment les résumés non-identificateurs, dans le cadre d'une instance civile — Appel accueilli.

Ganeswaran c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 586

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Demande d'annulation — Recours abusif — Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la C.I.S.R.) a autorisé la demande du défendeur d'annuler le statut de réfugié des demandeurs au sens de la Convention — Les demandeurs sont une famille composée d'une mère (demanderesse principale) et de ses trois fils — La demanderesse principale est arrivée au Canada il y a près de 15 ans avec ses trois fils, alors âgés de 4, 8 et 12 ans — L'année suivante, les demandeurs ont été acceptés en tant que réfugiés au sens de la Convention par la SPR — Durant le mois qui a suivi l'acceptation de leur demande, les agents d'immigration ont découvert que, contrairement à la déclaration des demandeurs, la famille n'était pas arrivée au Canada du Sri Lanka, mais avait plutôt vécu pendant de nombreuses années en Suisse, où les trois demandeurs mineurs sont nés — Le 2 juin 2008, plus d'un mois après l'acceptation de la demande d'asile des demandeurs, un agent d'immigration a indiqué son intention de demander que la reconnaissance du statut de réfugié des demandeurs par la C.I.S.R. soit annulée — Les demandeurs ont déposé une demande de résidence permanente indiquant les années durant lesquelles ils avaient vécu en Suisse et ont fourni les certificats de naissance suisses des enfants — Aucune décision n'a été prise sur cette demande de résidence permanente — Durant près de dix ans, personne n'est entré en contact avec la demanderesse principale pour l'informer de son statut de réfugié ou de sa demande de résidence permanente — Il n'y a eu aucun contact jusqu'à ce que le défendeur dépose une demande en application de l'article 109 de la *Loi sur l'immigration et la*

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

RPD also found that any prejudice applicants experienced not outweighing public interest in proceeding with vacation application — Applicants challenged both RPD's abuse of process finding, vacation determination under Act, s. 109(2) — After judicial review heard in this case, Supreme Court of Canada released its decision in *Law Society of Saskatchewan v. Abrametz*, which reaffirmed that abuse of process due to administrative delay is question of procedural fairness, noting that decision makers have power to assess allegedly abusive delay — Issue herein was whether it was abuse of process for RPD to proceed with hearing respondent's vacation application given respondent's delay — Abuse of process is broad, flexible concept that applies in various contexts, including administrative ones — Aims to prevent unfairness by precluding abuse of decision-making process — No allegation that delay in this case caused unfairness in RPD hearing — In *Abrametz*, it was held that in administrative context, where delay hasn't affected fairness of hearing, three steps determine whether delay amounting to abuse of process: 1. Delay must be inordinate; 2. Delay itself must have caused significant prejudice; 3. When these two requirements are met, court or tribunal should conduct final assessment as to whether abuse of process established — Regarding inordinate delay, in support of its vacation application, respondent relied on essentially same information that it had already known approximately 10 years before, just five weeks after applicants' refugee claim had been accepted — There was no explanation for respondent's failure to act sooner — With respect to significant prejudice, applicants identified family integration in Canada as ground of prejudice caused by respondent's delay in bringing vacation application — That ground established given that respondent's inordinate delay caused significant prejudice to applicants — While risk of loss of status in Canada, deportation was result of principal applicant's serious misrepresentation in her refugee claim, abuse of process analysis must also take into account that prejudice caused by investigation of or proceedings against individual can be exacerbated by inordinate delay — Thus, what was at stake for family (risk of deportation) changed because of respondent's excessive delay — As to whether prejudice was in fact benefit, in present case, benefit, prejudice tied together, directly proportional — Family's integration into Canada was very basis of prejudice they were claiming — Benefit could not be considered in isolation from respondent delay, resulting prejudice — Therefore, applicants established that respondent's inordinate delay resulted in significant prejudice — Concerning abuse of process warranting stay of proceeding, inordinate delay in this case was manifestly unfair to applicants, brought administration of justice into disrepute — Only appropriate remedy to abuse of process herein was to quash vacation decision, not remit it for redetermination — Allowing vacation application to continue would result in more harm to public interest than

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

protection des réfugiés (la Loi) pour annuler le statut de réfugié des demandeurs, au sens de la Convention, en avril 2018 — La SPR n'a pas trouvé d'explication à ce délai de près de dix ans de la part du défendeur — La SPR a qualifié ce délai d'excessif, pour finalement conclure qu'elle pouvait donner suite à la demande d'annulation, car les demandeurs n'avaient pas subi un grave préjudice en raison de ce délai — La SPR a également conclu que le préjudice subi par les demandeurs ne l'emportait pas sur l'intérêt public de donner suite à la demande d'annulation — Les demandeurs ont contesté la conclusion sur le recours abusif de la SPR et sa décision d'annulation en application du paragraphe 109(2) de la Loi — Après l'audition du contrôle judiciaire en l'espèce, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'arrêt *Law Society of Saskatchewan c. Abrametz*, dans lequel elle a confirmé qu'un recours abusif dû à un retard administratif est une question d'équité procédurale et a noté que les décideurs administratifs possèdent le pouvoir d'examiner les allégations de délai abusif — La question soulevée en l'espèce consistait à déterminer si l'audition de la demande d'annulation du défendeur par la SPR constituait un recours abusif compte tenu du délai écoulé — Le recours abusif est une notion générale et souple qui s'applique à différents contextes, y compris les contextes administratifs — Il vise à prévenir l'iniquité en empêchant les recours abusifs — Nul n'a tenté de faire valoir que le délai écoulé, dans cette affaire, a causé un manque d'équité de l'audience de la SPR — Dans l'arrêt *Abrametz*, il a été conclu que, dans le contexte administratif, lorsque le délai n'a pas d'incidence sur l'équité de l'audience, les trois étapes suivantes permettent de déterminer si le délai constitue un recours abusif : 1. Le délai doit être excessif; 2. Le délai lui-même doit avoir causé un préjudice important; 3. Lorsque ces deux conditions sont réunies, le tribunal judiciaire ou administratif doit procéder à une évaluation finale afin de déterminer si l'abus de procédure a été établi — En ce qui concerne le délai excessif, pour appuyer sa demande d'annulation, le défendeur s'est essentiellement appuyé sur les informations dont il avait déjà pris connaissance cinq semaines à peine après que la demande d'asile des demandeurs a été acceptée, il y a dix ans environ — Rien n'expliquait le fait que le défendeur n'ait pas agi plus tôt — En ce qui concerne le préjudice important, les demandeurs ont relevé l'intégration de la famille dans la société canadienne comme motif de préjudice causé par le délai de présentation de la demande d'annulation par le défendeur — Ce motif a été établi étant donné que le délai d'intervention du défendeur a causé un préjudice important aux demandeurs — Alors que le risque de perte de statut au Canada et d'expulsion était le résultat des fausses déclarations graves que la demanderesse principale a faites dans sa demande d'asile, la discussion sur le recours abusif doit aussi tenir compte du fait que le préjudice causé à une personne par l'enquête ou les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

permanently staying proceedings — Therefore, RPD’s decision to vacate applicants’ Convention refugee status quashed — Application allowed.

Chelsea (Municipality) v. Canada (Attorney General) (F.C.) 615

Crown — Real Property — Payments in lieu of taxes — Application for judicial review of National Capital Commission (Commission) decision pursuant to *Payments in Lieu of Taxes Act* (PILT Act), *Crown Corporation Payments Regulations*, determining total amount payable as payments in lieu of taxes (PILTs) to applicant for 2018–2020 triennial roll in respect of federal properties within Gatineau Park (Park) located within applicant’s territory (federal properties) — Applicant filed applications for PILTs with Commission based on increases in value in roll — In response to these increases, Commission assessment officer submitted requests for justification to Municipalité régionale de comté des Collines-de-l’Outaouais (regional county municipality of the Collines-de-l’Outaouais) (MRC) — Parties not reaching agreement — Applicant sent to advisory panel (Panel) request for advice on federal properties for purposes of roll — Commission suggested that Panel aggregate all units of assessment corresponding to federal properties into one unit — Also proposed assessment of federal properties based on highest and best use (H&BU) — Applicant defended property-value analysis based on behaviour of local real estate market participants, opposed to aggregating units of assessments — Panel concluded, *inter alia*, that large parcels, some small parcels of land could be aggregated; did not recommend doing so because of impact such aggregation would have on immovable categories — Panel of view that comparison with local

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

procédures dont elle fait l’objet peut être exacerbé par un délai excessif — L’enjeu pour cette famille (le risque de déportation) a donc changé en raison du délai excessif d’intervention du défendeur — Quant à la question de savoir si le préjudice était en fait un avantage, en l’espèce, l’avantage et le préjudice étaient liés et directement proportionnels — L’intégration de la famille dans la société canadienne était le véritable motif du préjudice allégué — L’avantage ne pouvait pas être considéré comme indissociable de l’impact du délai d’intervention du défendeur et du préjudice en résultant — Par conséquent, les demandeurs ont établi que le délai excessif d’intervention du défendeur a causé un préjudice important — En ce qui concerne le recours abusif justifiant l’arrêt des procédures, le délai excessif en l’espèce était manifestement injuste envers les demandeurs et déconsidérerait l’administration de la justice — La seule mesure appropriée en l’espèce consistait à casser la décision d’annulation et à ne pas renvoyer l’affaire pour qu’elle soit tranchée à nouveau — Autoriser la poursuite de la demande d’annulation aurait été plus préjudiciable à l’intérêt public qu’arrêter définitivement l’instance — Par conséquent, la décision de la SPR d’annuler le statut de réfugié des demandeurs au sens de la Convention a été annulée — Demande accueillie.

Chelsea (Municipalité) c. Canada (Procureur général) (C.F.) 615

Couronne — Biens immeubles — Paiements versés en remplacement d’impôts — Demande de contrôle judiciaire d’une décision de la Commission de la capitale nationale (la Commission), à l’issue de laquelle la Commission a déterminé, en vertu de la *Loi sur les paiements versés en remplacement d’impôts* (la LPRI), et du *Règlement sur les paiements versés par les sociétés d’État*, le montant total à verser à titre de paiement en remplacement d’impôts (PERI) à la demanderesse à l’égard de propriétés fédérales à l’intérieur du Parc de la Gatineau (le Parc) qui sont situées sur son territoire (les propriétés fédérales) — La demanderesse a formulé des demandes de PERI auprès de la Commission fondées sur des augmentations de valeurs au rôle — Face à ces augmentations, un agent d’évaluation foncière de la Commission a soumis des demandes de justification à la Municipalité régionale de comté des Collines-de-l’Outaouais (la MRC) — Les parties ne sont pas parvenues à une entente — La demanderesse a transmis à un comité consultatif (le Comité) une demande d’avis à l’égard des propriétés fédérales pour les fins du rôle — La Commission a proposé au Comité de regrouper en une seule toutes les unités d’évaluation correspondant aux propriétés fédérales — Elle a également fait valoir une évaluation fondée sur l’usage le meilleur et le plus profitable (UMEPP) des propriétés fédérales — La demanderesse a défendu une analyse de la valeur des propriétés basée sur le comportement des acteurs du marché immobilier local, tout

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

market more credible than approach suggested by Commission — Commission found that Panel wrong in not considering H&BU, surface area of parcels of land as relevant factors in determining property value of federal properties — Carried out additional analyses to obtain measurements in order to adjust values identified by applicant — Applicant demanded that Commission make final decision in accordance with findings in Panel's advice — Contended that Commission undertook to follow Panel's recommendation, thus justifying application of doctrine of legitimate expectations — Also contended that in receiving Panel's opinion on such specialized, specific tax issues, scope of Commission's discretion significantly reduced — Main issues whether Commission undertook to follow recommendations made by Panel, whether its decision reasonable — Commission's conduct not giving rise to legitimate expectations on part of applicant — Applicant's arguments not permitting application of legitimate expectations doctrine — Nothing in evidence on record suggesting that Commission made commitment that its decision should fall in line with Panel's opinion — Rather, Commission considered appropriateness of engaging in process set out in PILT Act, s. 11.1 — Commission's request to applicant to refer matter to Panel could not reasonably be interpreted as expression of Commission's waiving its discretion — Case law clearly indicating that a public authority cannot be held to its word if its representations conflict with its statutory duty — Remedy sought by applicant incompatible with remedies provided for by legitimate expectations doctrine — Applicant knowingly refused to exercise its right to make additional representations — Commission's decision fell within range of possible, acceptable outcomes defensible in respect of facts, law — Applicant's argument that Commission having no specialized expertise unfounded — Nothing in applicable legislation suggesting that PILT Act characterizing advisory panel as quasi-judicial in nature — Applicant's arguments regarding binding nature of Panel's opinion on Commission's decision not supported in either statutory system governing making of PILTs or case law — Advice of advisory panel cannot further restrict exercise of discretion arising from federal Crown's immunity from taxation — Crown corporation must be able to deviate from advisory panel's findings if of view that those findings inconsistent with applicable property tax principles — Nothing herein leading to conclusion that Commission's consideration of conservation status of properties had effect of frustrating overall objective of PILT legislative regime that applicant be treated in fair, equitable manner — Commission took into account values entered on MRC's roll, sought to adapt them to particular reality of Park — Applicant may have disagreed with this approach, but that did not make it contrary to objective of PILT system, nor did it render Commission's decision unreasonable — Commission's decision regarding issue

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

en s'opposant au regroupement des unités d'évaluation — Le Comité a conclu, entre autres choses, que le regroupement des terrains de grande superficie et de certains terrains de petite superficie pouvait être fait, mais ne l'a pas recommandé, et que la comparaison au marché local était plus crédible que la démarche suggérée par la Commission — La Commission a estimé que le Comité faisait fausse route en ne considérant pas l'UMEPP des propriétés fédérales et la superficie des terrains comme des facteurs pertinents à la détermination de la valeur effective des propriétés fédérales — Elle a effectué des analyses supplémentaires afin d'obtenir des mesures permettant d'ajuster les valeurs identifiées par la demanderesse — La demanderesse a mis la Commission en demeure de rendre sa décision finale conformément aux conclusions émises par le Comité dans son avis — La demanderesse a prétendu que la Commission s'était engagée à suivre les recommandations du Comité — Elle a prétendu que l'application de la théorie des attentes légitimes était justifiée — Elle a soutenu qu'en recevant l'avis du Comité sur des questions aussi spécialisées et pointues en fiscalité, l'étendue du pouvoir discrétionnaire de la Commission s'est considérablement réduite — Il s'agissait de déterminer principalement si la Commission s'était engagée à suivre les recommandations rendues par le Comité, et si sa décision était raisonnable — La conduite de la Commission n'a pu faire naître d'attentes légitimes de la part de la demanderesse — Les arguments invoqués par la demanderesse n'étaient pas de nature à permettre l'application de la théorie des attentes légitimes — Rien dans la preuve au dossier ne permettait de conclure que la Commission s'était engagée à se conformer à l'avis du Comité — La Commission a plutôt considéré la pertinence de s'engager dans le processus prévu à l'article 11.1 de la LPRI — L'invitation formulée à la demanderesse par la Commission de saisir le Comité ne pouvait raisonnablement être interprétée comme l'expression d'une renonciation par la Commission à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire — La jurisprudence indique clairement qu'une autorité publique ne peut être liée par des affirmations qui iraient à l'encontre de ses obligations légales — La réparation recherchée par la demanderesse était incompatible avec les remèdes prévus par la théorie des attentes légitimes — La demanderesse a sciemment refusé de se prévaloir de son droit de présenter des observations supplémentaires — La décision de la Commission appartenait aux issues possibles pouvant se justifier au regard des faits et du droit — L'argument de la demanderesse quant à l'absence d'expertise spécialisée de la Commission était sans fondement — Rien dans la législation applicable ne permettait de conclure au caractère quasi judiciaire d'un comité que la LPRI qualifie de consultatif — Les arguments de la demanderesse concernant le caractère contraignant de l'avis du Comité sur la décision de la Commission ne trouvaient appui ni dans le régime législatif encadrant le versement des PERI, ni dans la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

of aggregation of properties not unreasonable — Commission's duty was to consider Panel's opinion, then to reasonably justify any findings that deviated from it, nothing more — Crown corporation's reasonable exercise of its discretion to determine property value of its properties in event of disagreement with taxing authority lying in development of assessment method that is fair, equitable compromise — This compromise made necessary by difficulties caused by application of definition of "property value" — PILT system cannot be interpreted as permitting disregard for most basic recognized property assessment principles in establishing property value of federal property — Exercise of assessing federal Crown property as if it were taxable does not mean ignoring how this property is used, stripping it of its attributes, objective constraints applying to it — Commission's exercise of its discretion in relation to aggregation of properties, determination of their property value was, both in terms of process and outcome, transparent, intelligible, adequately justified — Application dismissed.

Air Canada Pilots Association v. Air Canada (F.C.) 672

Human Rights — Application for judicial review of Canadian Human Rights Tribunal (C.H.R.T.) decision dismissing request to declare *Canadian Human Rights Benefit Regulations* (Regulations), ss. 3(b), 5(b) unconstitutional for violating *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15(1) — Amendments made to collective agreement (Agreement) between applicant, respondent Air Canada in response to legislative amendments repealing provision that permitted mandatory

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

jurisprudence — L'avis rendu par un comité consultatif ne saurait restreindre plus avant l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui découle de l'immunité fiscale de la Couronne fédérale — Une société d'État doit pouvoir s'écarter des conclusions du comité consultatif si elle est d'avis que ces conclusions ne sont pas conformes aux principes applicables en matière de fiscalité foncière — Rien en l'espèce ne permettait de conclure que la prise en compte par la Commission du statut de conservation des propriétés a eu pour effet de contrecarrer l'objectif général du régime législatif des PERI voulant que la demanderesse soit traitée de manière juste et équitable — La Commission a tenu compte des valeurs inscrites au rôle de la MRC, et a cherché à les ajuster à la réalité particulière du Parc — La demanderesse pouvait ne pas être d'accord avec cette approche, mais cela ne la rendait pas pour autant contraire à l'objectif du régime des PERI, ni ne rendait la décision de la Commission déraisonnable — La décision de la Commission concernant l'enjeu du regroupement des propriétés n'était pas déraisonnable — Il incombait à la Commission de considérer l'avis du Comité, puis de justifier de façon raisonnable ses conclusions qui s'en écartaient, rien de plus — L'usage raisonnable par une société d'État de son pouvoir discrétionnaire de déterminer la valeur effective de ses propriétés en cas de désaccord avec une autorité taxatrice réside dans l'élaboration d'une méthode d'évaluation qui présente un compromis juste et équitable — Ce compromis est rendu nécessaire par les difficultés que cause l'application de la définition de « valeur effective » — Le régime des PERI ne saurait être interprété comme permettant d'ignorer les principes les plus élémentaires reconnus en matière d'évaluation foncière dans l'établissement de la valeur effective d'une propriété fédérale — L'exercice consistant à évaluer une propriété de la Couronne fédérale comme si elle était imposable ne signifie pas qu'il faille faire fi de l'usage de cette propriété et la dépouiller de ses attributs et des contraintes objectives qui lui sont applicables — L'usage par la Commission de son pouvoir discrétionnaire eu égard au regroupement des propriétés et à la détermination de leur valeur effective était, tant du point de vue du processus que du résultat, à la fois transparent, intelligible, et adéquatement justifié — Demande rejetée.

Association des pilotes d'Air Canada c. Air Canada (C.F.) 672

Droits de la personne — Demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par le Tribunal canadien des droits de la personne (le T.C.D.P.) qui a refusé une demande visant à déclarer inconstitutionnels les alinéas 3b) et 5b) du *Règlement sur l'application de la Loi canadienne sur les droits de la personne aux régimes de prestations* (le Règlement), au motif que ces dispositions violaient le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* — Des modifications ont été

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

retirement at age of 60 — Agreement included Group Disability Income Plan (GDIP) for pilots on long-term disability — GDIP, provision L75.07 provided that pilots eligible for unreduced pension did not qualify for disability benefits should they become unable to work due to illness or disability — Respondent Roy Bentley becoming eligible to retire, filing human rights complaint — Argued that L75.07 discriminatory on basis of age — Test under Charter, s. 15(1) asking whether impugned provision creating distinction based on enumerated or analogous ground; if so, whether it imposes burdens or denies a benefit in manner having effect of reinforcing disadvantage — C.H.R.T. found that Regulations, ss. 3(b), 5(b) met first part of s. 15(1) test — However, concluded not disadvantaging, prejudicing, or stereotyping claimant group — Ss. 3(b), 5(b) containing two distinct exemptions — Applicant challenged fact that employees at “normal pensionable age under the pension plan of which the employee is a member” (Impugned Provision) cut-off from disability benefits — Of view that this exemption violating Charter, s. 15(1) — Applicant argued that Impugned Provision created distinction based on age — Air Canada asserted that employee’s period of employment or years of service not personal characteristic falling under definition of analogous ground — Also asserted that the applicant led no evidence that Impugned Provision created disproportionate impact on members of protected group — Whether Regulations, ss. 3(b), 5(b) violating Charter, s. 15(1) — Those provisions not violating s. 15(1) — Length of employee’s service not immutable personal characteristic — Given logical connection between length of service, age, Impugned Provision both directly, indirectly created distinction on basis of age — Contextual analysis remaining part of Court’s approach to substantive equality, requiring balancing of interests at play — Purpose of impugned provision in context of broader scheme still meaningful consideration, along with whether lines drawn are generally appropriate having regard to circumstances of groups impacted, objects of scheme (*Withler v. Canada (Attorney General)*, S.C.C.) — Here, ss. 3(b), 5(b) creating distinction when claimant reaches “normal pensionable age” — Issue was whether this drew discriminatory distinction by denying benefit in manner reinforcing disadvantage — Use of “normal pensionable age” allowing employers to have regard to employee’s circumstances, pensionable benefit in line with teachings of *Withler* — “Normal pensionable age” bona fide distinction — Not targeting groups for illegitimate reasons outside of overall scheme — Here, consistent with *Withler*, terminating disability benefits when employee reaching normal pensionable age not putting employees in adverse situation — Provisions based on age must also consider natural cycle, “vertical”, “horizontal” needs of population as recognized in *Withler* — Ss. 3(b), 5(b) creating necessary exemption to individualized approach that would

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

apportées à une convention collective (la Convention) entre la demanderesse et la défenderesse Air Canada en réponse à des modifications législatives abrogeant une disposition qui permettait la retraite obligatoire à l’âge de 60 ans — La Convention comprenait également une garantie collective d’assurance-invalidité (la GCAI) pour les pilotes en invalidité de longue durée — La disposition L75.07 de la GCAI prévoyait que les pilotes admissibles à une pension non réduite n’étaient pas admissibles aux prestations d’invalidité s’ils devenaient incapables de travailler en raison d’une maladie ou d’une invalidité — Le défendeur Roy Bentley est devenu admissible à la retraite; il a déposé une plainte pour atteinte aux droits de la personne — Il a fait valoir que la disposition L75.07 du GCAI établissait une distinction fondée sur l’âge — Le critère applicable sous le régime de l’article 15 de la Charte demande si la disposition contestée établit une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et, dans l’affirmative, si elle impose un fardeau ou nie un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer le désavantage — Le T.C.D.P. a conclu que les alinéas 3b) et 5b) du Règlement rencontraient la première partie du test — Toutefois, il a conclu qu’ils ne créent pas de désavantage, de préjudice ou de stéréotype pour le groupe de demandeurs — Les alinéas 3b) et 5b) contiennent deux exemptions distinctes — La demanderesse a contesté l’exception prévoyant la cessation des prestations d’invalidité pour les employés ayant atteint « l’âge normal ouvrant droit à la pension en vertu du régime de retraite auquel participe l’employé » (la disposition contestée) — Elle était d’avis que cette exception constituait une violation du paragraphe 15(1) de la Charte — La demanderesse a soutenu que la disposition contestée crée une distinction fondée sur l’âge — Air Canada a soutenu que la période de service d’un employé n’est pas une caractéristique immuable qui a le caractère d’un motif énuméré ou analogue — Elle a aussi affirmé que la demanderesse n’a présenté aucune preuve que la disposition contestée a un effet disproportionné sur les membres d’un groupe protégé — Les alinéas 3b) et 5b) du Règlement contrevenaient-ils au paragraphe 15(1) de la Charte? — Ces dispositions ne contrevenaient pas au paragraphe 15(1) — La durée du service d’un employé n’est pas une caractéristique personnelle immuable — Compte tenu du lien logique entre la durée du service et l’âge, la disposition contestée crée directement et indirectement une distinction fondée sur l’âge — Une analyse contextuelle fait toujours partie de l’approche de la Cour à l’égard de l’égalité réelle, ce qui nécessite un équilibre des intérêts en jeu — L’objet de la disposition contestée dans le contexte de l’ensemble du régime de retraite demeurerait une considération pertinente, tout comme la pertinence générale des limites établies au regard de la situation des groupes touchés et des objets du régime (*Withler c. Canada (Procureur général)*, C.S.C.) — En l’espèce, les alinéas 3b) et 5b) créent une

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

otherwise apply under *Canadian Human Rights Act* — Charter, s. 15 right safeguarded under ss. 3(b), 5(b), Impugned Provision — Application dismissed.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Canadian Human Rights Tribunal (C.H.R.T.) dismissing request to declare *Canadian Human Rights Benefit Regulations* (Regulations), ss. 3(b), 5(b) unconstitutional for violating Charter, s. 15(1) — Amendments made to collective agreement between applicant, respondent Air Canada in response to legislative amendments repealing provision that permitted mandatory retirement at age of 60 — Agreement included Group Disability Income Plan (GDIP) for pilots on long-term disability — GDIP, provision L75.07 provided that pilots eligible for unreduced pension did not qualify for disability benefits should they become unable to work due to illness or disability — Respondent Roy Bentley becoming eligible to retire, filing human rights complaint — Argued that L75.07 discriminatory on basis of age — Test under s. 15(1) asking whether impugned provision creating distinction based on enumerated or analogous ground; if so, whether it imposes burdens or denies a benefit in manner having effect of reinforcing disadvantage — Ss. 3(b), 5(b) containing two distinct exemptions — Applicant challenged fact that employees at “normal pensionable age under the pension plan of which the employee is a member” (Impugned Provision) cut-off from disability benefits — Of view that this violating Charter, s. 15(1) — Applicant argued that Impugned Provision created distinction based on age — Whether Regulations, ss. 3(b), 5(b) violating Charter, s. 15(1) — Those provisions not violating s. 15(1) — Contextual approach still part of Court’s approach

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

distinction lorsqu’un demandeur atteint l’« âge normal ouvrant droit à la pension » — La question était de savoir si cette distinction devient discriminatoire par le refus d’une prestation d’une manière qui renforce le désavantage — L’utilisation de « l’âge normal ouvrant droit à la pension » permet aux employeurs de tenir compte de la situation de l’employé et des prestations ouvrant droit à la pension conformément aux enseignements énoncés dans l’arrêt *Withler* — La distinction faite par l’« âge normal ouvrant droit à la pension » est une distinction de bonne foi — Elle ne cible pas des groupes pour des raisons illégitimes en dehors du régime général — En l’espèce, conformément à l’arrêt *Withler*, mettre fin aux prestations d’invalidité lorsqu’un employé a atteint l’âge normal ouvrant droit à la pension ne mettait pas les employés dans une situation difficile — Les dispositions fondées sur l’âge doivent également tenir compte du cycle naturel, en gardant à l’esprit à la fois des besoins « verticaux » et « horizontaux » de la population, comme le reconnaît l’arrêt *Withler* — Les alinéas 3b) et 5b) créent une exception nécessaire à l’approche personnalisée qui, sinon, s’appliquerait sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* — Le droit garanti par l’article 15 de la Charte est protégé par les alinéas 3b) et 5b) et par la disposition contestée — Demande rejetée.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l’égalité — Le Tribunal canadien des droits de la personne (le T.C.D.P.) a refusé une demande visant à déclarer inconstitutionnels les alinéas 3b) et 5b) du *Règlement sur l’application de la Loi canadienne sur les droits de la personne aux régimes de prestations* (le Règlement), au motif que ces dispositions violaient le paragraphe 15(1) de la Charte — Des modifications ont été apportées à une convention collective (la Convention) entre la demanderesse et la défenderesse Air Canada en réponse à des modifications législatives abrogeant une disposition qui permettait la retraite obligatoire à l’âge de 60 ans — La Convention comprenait également une garantie collective d’assurance-invalidité (la GCAI) pour les pilotes en invalidité de longue durée — La disposition L75.07 de la GCAI prévoyait que les pilotes admissibles à une pension non réduite n’étaient pas admissibles aux prestations d’invalidité s’ils devenaient incapables de travailler en raison d’une maladie ou d’une invalidité — Le défendeur Roy Bentley est devenu admissible à la retraite; il a déposé une plainte pour atteinte aux droits de la personne — Il a fait valoir que la disposition L75.07 du GCAI établissait une distinction fondée sur l’âge — Le critère applicable sous le régime de l’article 15 de la Charte demande si la disposition contestée établit une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et, dans l’affirmative, si elle impose un fardeau ou nie un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer le désavantage — Les alinéas 3b) et 5b) contiennent

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

to substantive equality, requiring balancing of interests at play — Purpose of impugned provision in context of broader scheme still meaningful consideration, along with whether lines drawn are generally appropriate having regard to circumstances of groups impacted, objects of scheme (*Withler v. Canada (Attorney General)*, S.C.C.) — Here, ss. 3(b), 5(b) creating distinction when claimant reaches “normal pensionable age” — Issue was whether this drew discriminatory distinction by denying benefit in manner reinforcing disadvantage — Use of “normal pensionable age” allowing employers to have regard to employee’s circumstances, pensionable benefit in line with teachings of *Withler* — “Normal pensionable age” bona fide distinction — Not targeting groups for illegitimate reasons outside of overall scheme — Here, consistent with *Withler*, terminating disability benefits when employee reaching normal pensionable age not putting employees in adverse situation — S. 15 ensuring substantive equality for all employees — This not meaning that all workers will have exact same disability coverage — Rather, it requires that all workers be eligible to form of compensation for loss of salary based on disability — This equality right safeguarded under ss. 3(b), 5(b), Impugned Provision.

Canadian Security Intelligence Service Act (Re) (F.C.) 714

Security Intelligence — Supplemental warrant application pursuant to *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act or Act), ss. 12, 21 in which Canadian Security Intelligence Service (CSIS) sought warrant powers to deploy new technological tool against existing targets of investigation being conducted — CSIS wanted to deploy particular new technology (Technology) within Canada in four specific ways without warrant, in course of investigations pursuant to Act, s. 12 — Three

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

deux exemptions distinctes — La demanderesse a contesté l’exception prévoyant la cessation des prestations d’invalidité pour les employés ayant atteint « l’âge normal ouvrant droit à la pension en vertu du régime de retraite auquel participe l’employé » (la disposition contestée) — Elle était d’avis que cette exception constituait une violation du paragraphe 15(1) de la Charte — La demanderesse a soutenu que la disposition contestée crée une distinction fondée sur l’âge — Les alinéas 3b) et 5b) du Règlement contrevenaient-ils au paragraphe 15(1) de la Charte? — Ces dispositions ne contrevenaient pas au paragraphe 15(1) — Une analyse contextuelle fait toujours partie de l’approche de la Cour à l’égard de l’égalité réelle, ce qui nécessite un équilibre des intérêts en jeu — L’objet de la disposition contestée dans le contexte de l’ensemble du régime de retraite demeurerait une considération pertinente, tout comme la pertinence générale des limites établies au regard de la situation des groupes touchés et des objets du régime (*Withler c. Canada (Procureur général)*, C.S.C.) — En l’espèce, les alinéas 3b) et 5b) créent une distinction lorsqu’un demandeur atteint l’« âge normal ouvrant droit à la pension » — La question était de savoir si cette distinction devient discriminatoire par le refus d’une prestation d’une manière qui renforce le désavantage — L’utilisation de « l’âge normal ouvrant droit à la pension » permet aux employeurs de tenir compte de la situation de l’employé et des prestations ouvrant droit à la pension conformément aux enseignements énoncés dans l’arrêt *Withler* — La distinction faite par l’« âge normal ouvrant droit à la pension » est une distinction de bonne foi — Elle ne cible pas des groupes pour des raisons illégitimes en dehors du régime général — En l’espèce, conformément à l’arrêt *Withler*, mettre fin aux prestations d’invalidité lorsqu’un employé a atteint l’âge normal ouvrant droit à la pension ne mettait pas les employés dans une situation difficile — L’article 15 garantit l’égalité réelle de tous les employés — Cela ne veut pas dire que tous les travailleurs auront à ce titre exactement la même couverture d’invalidité — L’article 15 exige plutôt que tous les travailleurs soient admissibles à une forme d’indemnisation pour la perte de salaire en raison d’une invalidité — Ce droit à l’égalité est protégé par les alinéas 3b) et 5b) et par la disposition contestée.

Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re) (C.F.) 714

Renseignement de sécurité — Il s’agissait d’une demande supplémentaire de mandat présentée en vertu des articles 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (la Loi sur le SCRS ou la Loi) pour faire autoriser l’usage par le Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) d’un nouvel outil technologique à l’égard de personnes faisant l’objet d’une enquête — Le SCRS souhaitait adopter une nouvelle technologie particulière (la technologie) au Canada et l’utiliser

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

of those proposed uses of Technology would be solely within Canada, while fourth would be both within, outside Canada — Attorney General of Canada (AGC) conceded that utilization of Technology solely within Canada in each of those four proposed ways would constitute “search” within meaning of *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 8 — However, AGC maintained that those ways of deploying Technology would not be “unreasonable” as contemplated by s. 8 — New tool is technology that has specific capabilities, which can be deployed within Canada in four specific ways that are minimally intrusive, such that those uses would be authorized under CSIS Act, s. 12 without need for warrant — Nevertheless, CSIS sought provisional [***] warrant for specific purposes involving several named subjects within Canada, out of abundance of caution to avoid violating Charter — While Technology initially used on pilot basis, CSIS suspended all use of Technology until it obtained further clarity about application of Charter, s. 8 to its collection activities against foreign nationals with no nexus to Canada — Two principal issues herein were whether CSIS Act, s. 12 authorizes CSIS to utilize Technology within Canada in four ways CSIS identified without warrant; whether CSIS Act, s.12 authorizes CSIS to utilize Technology outside Canada against foreign nationals with no nexus to Canada, in more intrusive ways it identified without warrant — Was common ground between AGC, *amicus curiae* (*Amicus*) that each of four ways in which CSIS proposed to utilize Technology within Canada would constitute “search” within meaning of Charter, s. 8 — Was also common ground between AGC, *Amicus* that four proposed uses of Technology within Canada would be authorised by CSIS Act, s. 12 so long as they are only minimally intrusive in nature — Furthermore, AGC, *Amicus* agreed that s. 12 is reasonable law — Thus, law authorizing the proposed searches was reasonable — All four proposed uses of Technology within Canada were considered minimally intrusive of privacy interests of individuals whose data is collected; did not require warrants — Most conditions *Amicus* proposed on use of Technology were agreed to, in particular that there should be a limit on how long CSIS may retain incidentally collected data, that so long as certain additional general operating principles are followed, incidental collection of data pertaining to non-threat-related parties would not be unreasonable — With respect to assessment of proposed uses of Technology outside Canada, CSIS proposed to use Technology to collect data in two types of situations — Reasonable grounds to suspect requirement of CSIS Act, s. 12 would be satisfied in both of these types of situations — Furthermore, based on assessment made on CSIS’ proposed uses of Technology outside Canada, s. 12 authorizes degree of intrusiveness of proposed uses of Technology outside Canada without warrant — In conclusion, four proposed uses of Technology within Canada that CSIS

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

à quatre fins précises sans mandat dans le cadre d’enquêtes menées conformément à l’article 12 de la Loi — Parmi les quatre usages proposés de la technologie, trois s’appliqueraient exclusivement au Canada, tandis qu’un quatrième s’appliquerait également à l’extérieur du Canada — Le procureur général du Canada (PGC) a admis que les quatre usages de la technologie proposés au Canada constitueraient des « fouilles » ou « perquisitions » au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’article 8 de la Charte canadienne des droits et libertés — Toutefois, le PGC a affirmé que ces fins proposées ne seraient pas « abusives » pour l’application de l’article 8 — Il s’agit d’une technologie à fonctionnalités précises, qui peut être utilisée au Canada à quatre fins précises qui sont minimalement envahissantes — Ainsi, ces usages seraient autorisés par l’article 12 de la Loi sur le SCRS, sans qu’il soit nécessaire d’obtenir un mandat — Néanmoins, le SCRS a sollicité un mandat provisoire [***] à des fins précises impliquant des personnes faisant l’objet d’enquêtes au Canada, par excès de prudence, pour éviter d’enfreindre la Charte — Même si la technologie a d’abord été mise à l’essai dans le cadre d’un projet pilote, le SCRS a sursis à l’utilisation de la technologie le temps d’obtenir des précisions sur l’application de l’article 8 de la Charte à ses activités de collecte de renseignements sur des ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada — Il s’agissait de savoir si l’article 12 de la Loi sur le SCRS autorise le SCRS à utiliser la technologie au Canada aux quatre fins qu’il a précisées, et ce sans mandat; et si l’article 12 de la Loi sur le SCRS autorise le SCRS à utiliser la technologie à l’extérieur du Canada à l’égard de ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada de la manière plus envahissante qu’il a précisée, et ce sans mandat — Le PGC et l’*amicus curiae* (l’*amicus*) s’entendaient pour dire que les quatre usages de la technologie proposés par le SCRS au Canada constitueraient des fouilles ou perquisitions au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’article 8 de la Charte — Le PGC et l’*amicus* s’entendaient également pour dire que les quatre usages proposés de la technologie au Canada seraient autorisés par l’article 12 de la Loi sur le SCRS, dès lors que, de par leur nature, ils sont minimalement envahissants — De plus, le PGC et l’*amicus* s’entendaient pour dire que l’article 12 n’a rien d’abusif — Ainsi, la loi ayant autorisé les fouilles ou perquisitions proposées n’avait rien d’abusif — Les quatre usages proposés de la technologie au Canada étaient considérés comme minimalement envahissants en ce qui a trait aux intérêts en matière de vie privée des personnes dont les données sont recueillies; et ne nécessiteraient pas l’obtention d’un mandat — La plupart des conditions proposées par l’*amicus* pour l’usage de la technologie ont été acceptées, entre autres la nécessité de définir un délai de conservation par le SCRS des données recueillies de manière incidente — Dès lors que certains autres principes généraux sont suivis, la collecte incidente de données relatives à des tiers non liés à

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

proposed would not require warrant, conclusion that was premised on CSIS's adherence to applicable operational principles, measures — Moreover, CSIS proposed uses of Technology outside Canada, against foreign nationals with no nexus to Canada, would also not require warrant — Technology may be deployed within Canada as proposed, without warrant; Technology may be deployed outside Canada against foreign nationals with no nexus to Canada, without warrant, in two types of situations described.

Constitutional Law — Charter of Rights — Unreasonable Search or Seizure — Canadian Security Intelligence Service (CSIS) sought to deploy new technological tool against existing targets of investigation being conducted — CSIS wanted to deploy particular new technology (Technology) within Canada in four specific ways without warrant, in course of investigations pursuant to *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act or Act), s. 12 — Three of those proposed uses of Technology would be solely within Canada, while fourth would be both within, outside Canada — Thus, had to be determined whether CSIS Act, s.12 authorizes CSIS to utilize Technology outside Canada against foreign nationals with no nexus to Canada, in more intrusive ways it identified without warrant — AGC, *amicus curiae* (*Amicus*) agreed that each of four ways in which CSIS proposed to utilize Technology within Canada would constitute “search” within meaning of Charter, s. 8 — However, AGC, *Amicus* disagreed about whether use of Technology outside Canada in relation to foreigners having no nexus to Canada would constitute such a “search” — Was common ground between AGC, *Amicus* that four proposed uses of Technology within Canada would be authorised by CSIS Act, s. 12 so long as they are only minimally intrusive in nature — Furthermore, AGC, *Amicus* agreed that s. 12 is reasonable law — Thus, law authorizing the proposed searches was reasonable — With respect to assessment of proposed uses of Technology outside Canada, CSIS proposed to use Technology to collect data in two types of situations — Reasonable grounds

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

des menaces ne serait pas effectuée de manière abusive — En ce qui concerne l'évaluation des usages proposés de la technologie à l'extérieur du Canada, le SCRS a proposé de recourir à la technologie pour recueillir les données dans deux situations — Il serait satisfait au critère des motifs raisonnables de soupçonner que prévoit l'article 12 de la Loi sur le SCRS dans les deux situations — De plus, selon l'évaluation des usages proposés par le SCRS de la technologie à l'extérieur du Canada, l'article 12 autorise la portée envahissante de ces usages proposés de la technologie à l'extérieur du Canada sans mandat — En conclusion, les quatre usages proposés par le SCRS de la technologie au Canada ne nécessiteraient pas l'obtention d'un mandat, une conclusion qui tenait pour acquis que les principes opérationnels et les mesures seraient suivis par le SCRS — Également, les usages proposés par le SCRS de la technologie à l'extérieur du Canada à l'égard de ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada ne nécessiteraient pas non plus l'obtention d'un mandat — La technologie peut être utilisée au Canada, comme proposée, sans mandat; la technologie peut être utilisée à l'extérieur du Canada à l'égard de ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada, sans mandat, dans les deux situations décrites.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) cherchait à faire autoriser l'usage d'un nouvel outil technologique à l'égard de personnes faisant l'objet d'une enquête — Le SCRS souhaitait adopter une nouvelle technologie particulière (la technologie) au Canada et l'utiliser à quatre fins précises sans mandat dans le cadre d'enquêtes menées conformément à l'article 12 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* SCRS (la Loi sur le SCRS ou la Loi) — Parmi les quatre usages proposés de la technologie, trois s'appliqueraient exclusivement au Canada, tandis qu'un quatrième s'appliquerait également à l'extérieur du Canada — Par conséquent, il s'agissait de déterminer si l'article 12 de la Loi sur le SCRS autorise le SCRS à utiliser la technologie à l'extérieur du Canada à l'égard de ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada de la manière plus envahissante qu'il a précisée, et ce sans mandat — Le PGC et l'*amicus curiae* (l'*amicus*) s'entendaient pour dire que les quatre usages de la technologie proposés par le SCRS au Canada constitueraient des fouilles ou perquisitions au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'article 8 de la Charte — Cependant, le PGC et l'*amicus* divergeaient d'opinion quant à savoir si le recours à la technologie à l'extérieur du Canada à l'égard d'étrangers dépourvus de tout lien avec le Canada constituerait également des fouilles ou perquisitions — Le PGC et l'*amicus* s'entendaient pour dire que les quatre usages proposés de la technologie au Canada seraient autorisés par l'article 12 de la Loi sur le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

to suspect requirement of CSIS Act, s. 12 would be satisfied in both of these types of situations — Under Charter, s. 8, word “everyone” to be interpreted consistently with manner it is interpreted in connection with other sections of Charter — Based on case law examined, foreign nationals who do not have one of three recognized grounds of nexus to Canada ((i) Canadian citizenship, (ii) physical presence in Canada, (iii) being subject to criminal proceedings in Canada) do not come within scope of term “everyone” in Charter, s. 8 — Subsection 12(2) explicitly authorizing CSIS to perform its duties, functions under subsection (1) within or outside Canada — In absence of any requirement for CSIS to obtain prior judicial authorization, under Charter or otherwise, before engaging in intrusive uses of Technology outside Canada that were at issue in this case, such investigative activities would not require warrant — Finally, no evidence produced suggesting warrantless uses of Technology proposed by CSIS would contravene or otherwise offend international law — Thus, no principle of international law existing that would prevent CSIS from using Technology abroad against foreign nationals with no nexus to Canada in more than minimally intrusive ways that it proposed.

Virk v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 779

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Motion in writing to revoke deemed discontinuance of applicants’ application for leave, judicial review (ALJR) commenced under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 72(2), for order accepting their application record, which they argued was properly served, filed on April 11, 2022, for filing — Applicants’ ALJR was commenced on March 9, 2022, deemed discontinued by Federal Court on December 6, 2022, because it had not been perfected within time provided by Federal Courts *Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules* (FCCIRPR), r. 10 — Deemed discontinuance resulted from automatic operation of Court’s administrative practice to deem unperfected ALJRs as discontinued as set out in Court’s December 6, 2022, Notice to the Profession titled “Deemed Discontinuance of Incomplete Applications for Leave and Judicial Review in Proceedings

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

SCRS, dès lors que, de par leur nature, ils sont minimalement envahissants — De plus, le PGC et l’*amicus* s’entendaient pour dire que l’article 12 n’a rien d’abusif — Ainsi, la loi ayant autorisé la fouille ou perquisition n’avait rien d’abusif — En ce qui concerne l’évaluation des usages proposés de la technologie à l’extérieur du Canada, le SCRS a proposé de recourir à la technologie pour recueillir les données dans deux situations — Il serait satisfait au critère des motifs raisonnables de soupçonner que prévoit l’article 12 de la Loi sur le SCRS dans les deux situations — En vertu de la Charte, le mot « chacun » doit être interprété invariablement de la même manière à l’article 8 qu’aux autres dispositions de la Charte — À la lumière de la jurisprudence analysée, les ressortissants étrangers qui n’ont pas l’un des trois liens reconnus avec le Canada ((i) citoyenneté canadienne, (ii) présence au Canada ou (iii) faire l’objet de poursuites pénales au Canada), ne sont pas visés par le mot « chacun » qui figure à l’article 8 de la Charte — Le paragraphe 12(2) habilite expressément le SCRS à exercer les fonctions que le paragraphe (1) lui confère même à l’extérieur du Canada — Comme le SCRS n’est pas contraint d’obtenir une autorisation judiciaire préalable, en application de la Charte ou d’une autre règle de droit, pour utiliser la technologie aux fins envahissantes à l’extérieur du Canada qui étaient en cause dans la présente instance, de telles activités ne nécessiteraient pas l’obtention d’un mandat — Finalement, aucun argument n’a été présenté au soutien de la thèse selon laquelle les usages sans mandat de la technologie proposés par le SCRS seraient contraires au droit international ou à son esprit — Par conséquent, aucun principe de droit international en vigueur n’interdirait les usages plus que minimalement envahissants de la technologie proposés par le SCRS sans mandat à l’égard de ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada à l’extérieur du Canada.

Virk c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 779

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d’immigration — Il s’agissait d’une requête par écrit pour faire révoquer le désistement réputé de la demande d’autorisation et de contrôle judiciaire (DACJ) des demandeurs produite en vertu du paragraphe 72(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* et pour obtenir une ordonnance pour que leur dossier de demande, qu’ils affirmaient avoir signifié et présenté de façon appropriée le 11 avril 2022, soit accepté pour dépôt — Les demandeurs ont déposé leur DACJ le 9 mars 2022 — La Cour a conclu qu’ils étaient réputés s’en être désistés le 6 décembre 2022, car la DACJ n’avait pas été mise en état dans les délais prévus par la règle 10 des *Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d’immigration et de protection des réfugiés* (les RCFCIPR) — Le désistement réputé a émané de l’application automatique de la pratique administrative de la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

under the *Immigration and Refugee Protection Act*” (Deemed Discontinuance Practice) — Applicant (Mr. Virk), co-applicant (spouse) received unfavourable decision from Immigration and Refugee Board, Refugee Appeal Division — Applicants retained lawyer to represent them, commence legal proceedings — Lawyer out of country at time — Proceeding was filed by paralegal but mistakenly after deadline for filing — When lawyer back in country, eventually notified that application record filed late, that it contained irregularities — Later, lawyer allegedly stated to Mr. Virk that motion to revoke “deemed discontinuance” would be prepared; that application record filing date would be extended due to confusion as to proper filing date — Motion to revoke was prepared between December 6 to December 12, 2022 — Applicants relied on *Federal Courts Rules* (Rules), rr. 4, 6, 8 in support of their motion — Issue was whether applicants’ motion should be granted — Defining feature of Deemed Discontinuance Practice is that it signals that litigants who have failed to perfect their ALJR within time set out in FCCIRPR will be deemed to have discontinued their proceeding pursuant to Rules, r. 165 — This is quicker process than that set out by FCCIRPR, r. 14 — Rules not explicitly providing for revocation of discontinuance, continuation of proceeding that had been discontinued — However, by providing for discontinuance pursuant to Rules, r. 165, Rules impliedly permitting party to resurrect its discontinued proceeding — Threshold for revocation of voluntary discontinuance is existence of exceptional circumstance, existence of fundamental event that causes reversal of decision to discontinue — Deemed discontinuance as set out in Deemed Discontinuance Practice operates discontinuance, triggers same effects as voluntary discontinuance before there is any evidence that discontinuing litigant took considered, voluntary decision to end their proceeding by delivering Notice of Discontinuance — Deemed discontinuance applying because of litigant’s failure to perfect their ALJR in timely manner — Deemed Practice considering revocation of discontinuance, extension of time as being two separate steps that might have some overlapping considerations — First step is whether deemed discontinuance should be revoked — Second step is whether extension of time should be granted to perfect ALJR — In this case, applicants appeared to have relied on their solicitor of record without any follow up with him in April 2022 to determine whether an extension of time to perfect their ALJR had been sought, granted or refused — Given absence of applicants’ diligence prior to their ALJR perfection date, there was no requirement to consider whether combined effects of paralegal’s miscalculation of time to perfect, solicitor’s reliance thereon, etc. constituted exceptional circumstance or fundamental event that affected applicants’ ability to perfect their ALJR in timely manner — Consequently, first step of test not satisfied in this case — There was thus no reason to revoke deemed

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Cour selon laquelle les demandeurs dont la DACJ n’a pas été mise en état sont réputés s’en être désistés, conformément à l’Avis à la communauté juridique de la Cour du 6 décembre 2022 intitulé « Désistement réputé des demandes d’autorisation et de contrôle judiciaire non mises en état dans les instances en vertu de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* » (pratique du désistement réputé) — Le demandeur (M. Virk) et la demanderesse (son épouse) ont reçu une décision défavorable de la Section d’appel des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié — Les demandeurs ont retenu les services d’un avocat pour les représenter et mettre la procédure juridique en branle — L’avocat était à l’étranger à ce moment — L’avis de demande a été déposé par un conseiller parajuridique mais par erreur après la date limite de dépôt — Lorsque l’avocat est revenu au pays, il a été informé que le dossier de demande avait été produit en retard et contenait des irrégularités — Ultérieurement, l’avocat aurait indiqué à M. Virk qu’il préparerait une demande informelle de révocation du « désistement réputé »; et qu’il ferait proroger la date de dépôt du dossier de demande en raison de la confusion quant à la bonne date de production — La demande de révocation a été préparée entre le 6 et le 12 décembre 2022 — Les demandeurs ont invoqué les règles 4, 6 et 8 des *Règles des Cours fédérales* (les Règles) à l’appui de leur requête — Il s’agissait de savoir si la requête des demandeurs devait être accordée — Une caractéristique déterminante de la pratique du désistement réputé est le fait qu’elle signale que les plaideurs qui ont omis de mettre en état leur DACJ dans les délais prévus par les RCFCIPR seront réputés s’être désistés de leur instance conformément à la règle 165 des Règles — Il s’agit d’un processus plus rapide que celui énoncé à la règle 14 des RCFCIPR — Les Règles ne prévoient pas expressément la révocation des désistements et la réouverture des instances ainsi abandonnées — Cependant, en prévoyant le désistement conformément à la règle 165 des Règles, celles-ci autorisent implicitement une partie à faire revivre l’instance dont elle s’était désistée — Le seuil de la révocation d’un désistement volontaire est l’existence d’une circonstance exceptionnelle, l’existence d’un événement d’importance fondamentale qui suscite la volonté de revenir sur la décision de se désister — Un désistement réputé comme l’établit la pratique du désistement réputé entraîne le désistement et les mêmes effets qu’un désistement volontaire avant toute preuve que le plaideur a pris la décision réfléchie et volontaire de mettre fin à sa procédure en signifiant un avis de désistement — Le désistement réputé s’applique en raison du défaut du plaideur de mettre en état sa DACJ en temps opportun — La révocation d’un désistement et la prorogation des délais sont considérées comme deux étapes distinctes dont les considérations pourraient se recouper — La première étape est celle de savoir si le désistement réputé devrait être révoqué — La deuxième étape consiste à savoir s’il y

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

discontinuance — Also, there was no basis for extension of time here — Motion dismissed.

SOMMAIRE (Fin)

a lieu d'accorder la prorogation du délai pour mettre la DACJ en état — En l'espèce, il semble que les demandeurs se soient fiés à leur avocat inscrit au dossier sans donner suite auprès de ce dernier en avril 2022 pour déterminer si la prorogation du délai pour mettre leur DACJ en état avait été demandée, accordée ou refusée — Compte tenu du manque de diligence des demandeurs avant la date de mise en état de leur DACJ, il n'était pas nécessaire de déterminer si l'effet combiné du mauvais calcul du délai de mise en état par le conseiller parajuridique et du fait que l'avocat s'y est fié, etc. constituaient un cas exceptionnel ou un événement d'importance fondamentale qui a nui à la capacité des demandeurs à mettre leur DACJ en état en temps opportun — Par conséquent, la première étape du critère n'a pas été franchie en l'espèce — Il n'y avait donc aucune raison de révoquer le désistement réputé — Il n'existait pas non plus de fondement pour proroger le délai en l'espèce — Requête rejetée.

APPEALS NOTED

(May 2023)

Editor's note: These appeals noted were originally published in the 2021 volume year. They are being republished here in an effort to maintain historical accuracy by publishing appeals noted from a given year in the volume for that year.

FEDERAL COURT OF APPEAL

Boloh 1(A) v. Canada, T-1483-21, 2023 FC 98, [2023] 2 F.C.R. 828, has been reversed on appeal (A-32-23, 2023 FCA 120, [2023] 2 F.C.R. 914), reasons for judgment handed down May 31, 2023. Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Canada v. Deans Knight Income Corporation, A-170-19, 2021 FCA 160, [2022] 1 F.C.R. 185, has been affirmed on appeal (2023 SCC 16). The reasons for judgment, handed down May 23, 2023, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for leave to appeal

CAE Inc. v. Canada, A-264-21, 2022 FCA 178, Boivin J.A., judgment dated October 19, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused May 25, 2023.

DSR Karis Consulting Inc. v. Canada (Attorney General), A-158-22, Stratas, Laskin and Rivoalen J.J.A., order dated October 18, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused May 11, 2023.

Firsov v. Canada (Attorney General), A-253-21, 2022 FCA 191, Mactavish J.A., judgment dated November 8, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused May 18, 2023.

Fortius Foundation v. Canada (National Revenue), A-167-22, 2022 FCA 176, Rennie J.A., order dated October 19, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused May 11, 2023.

Peach v. Canada, A-68-20, 2022 FCA 163, Rennie J.A., judgment dated September 29, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused May 4, 2023.

Richardson v. Canada (Attorney General), A-183-22, Stratas, Laskin and Rivoalen J.J.A., order dated October 18, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused May 11, 2023.

APPELS NOTÉS

(mai 2023)

Note de l'arrêstiste : Ces appels notés ont été précédemment publiés dans le volume de l'année 2021. Ils sont republiés ici dans le but de maintenir l'exactitude historique en publiant les appels notés d'une année donnée dans le volume de cette année-là.

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Boloh 1(A) c. Canada*, T-1483-21, 2023 CF 98, [2023] 2 R.C.F. 828, a été infirmée en appel (A-32-23, 2023 CAF 120, [2023] 2 R.C.F. 914), les motifs du jugement ayant été prononcés le 31 mai 2023. Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Canada c. Deans Knight Income Corporation*, A-170-19 2021 CAF 160, [2022] 1 R.C.F. 185, a été confirmé en appel (2023 CSC 16). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 23 mai 2023, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

CAE Inc. c. Canada, A-264-21, 2022 CAF 178, le juge Boivin, J.C.A., jugement en date du 19 octobre 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 mai 2023.

DSR Karis Consulting Inc. c. Canada (Attorney General), les juges Stratas, Laskin et Rivoalen, J.C.A., ordonnance en date du 18 octobre 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 11 mai 2023.

Firsov c. Canada (Procureur général), A-253-21, 2022 CAF 191, la juge Mactavish, J.C.A., jugement en date du 8 novembre 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 18 mai 2023.

Fortius Foundation c. Canada (Revenu national), A-167-22, 2022 CAF 176, le juge Rennie, J.C.A., ordonnance en date du 19 octobre 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 11 mai 2023.

Peach c. Canada, A-68-20, 2022 CAF 163, le juge Rennie, J.C.A., jugement en date du 29 septembre 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 4 mai 2023.

Richardson c. Canada (Procureur général), A-183-22, les juges Stratas, Laskin et Rivoalen, J.C.A., ordonnance en date du 18 octobre 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 11 mai 2023.

Turmel v. Canada, A-286-21, 2022 FCA 166, Gleason, Mactavish and Monaghan JJ.A., judgment dated October 4, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused May 11, 2023.

Turmel c. Canada, A-286-21, 2022 CAF 166, les juges Gleason, Mactavish et Monaghan, J.C.A., jugement en date du 4 octobre 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 11 mai 2023.

**Federal Courts
Reports**

2023, Vol. 2, Part 2

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2023, Vol. 2, 2^e fascicule

IMM-8795-21
2023 FC 8

IMM-8795-21
2023 CF 8

Ahmad, Rauf (*Applicant*)

Ahmad, Rauf (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(*défendeur*)

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

RÉPERTORIÉ : AHMAD c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Pamel J.—By videoconference, October 17, 2022; Ottawa, January 4, 2023.

Cour fédérale, juge Pamel—Par vidéoconférence, 17 octobre 2022; Ottawa, 4 janvier 2023.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Cessation of refugee protection — Application for judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision granting application by Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (Minister) to cease applicant's refugee protection — Applicant, citizen of Pakistan, claimed refugee protection because of threats from fundamentalist Sunni imam — RPD allowed his claim — Applicant subsequently became permanent resident — Later acquired new Pakistani passport — Used Pakistani passport to travel to Pakistan — Minister applied for cessation of applicant's refugee protection because applicant had reavailed himself of Pakistan's diplomatic protection — Minister argued entitled to rely on presumption of reavailment established when applicant renewed Pakistani passport — Also argued that reasons provided by applicant to justify trips to Pakistan insufficient to establish they were necessary to rebut presumption of reavailment — Applicant obtained Pakistani passport as tool to travel, protect his family — RPD accepted that applicant compelled to make first trip to settle inheritance dispute, but did not accept applicant compelled by special circumstances to return to Pakistan five more times — RPD determined that applicant had acted voluntarily — Found that applicant had intended to reavail himself of protection of his country by using passport on multiple occasions to enter, exit Pakistan — Also found that applicant had actually obtained diplomatic protection of Pakistan — Applicant asserted that RPD failed to conduct meaningful assessment of his central arguments in relation to whether he intended to reavail himself of Pakistan's diplomatic protection — Argued that any assessment of his subjective intention to reavail himself had to take into account his level of perceived risk where he was only to remain for short period of time — Whether RPD's decision reasonable — RPD's decision not reasonable — Determinative issue in this case related

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Perte de l'asile — Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a accueilli la demande de constat de perte d'asile du demandeur, déposée par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre) — Le demandeur, un citoyen du Pakistan, a demandé l'asile, car il était menacé par un imam fondamentaliste sunnite — La SPR a accueilli sa demande d'asile — Le demandeur est par la suite devenu résident permanent — Il a plus tard obtenu un nouveau passeport pakistanais — Il s'en est servi pour se rendre au Pakistan — Le ministre a présenté une demande de constat de la perte d'asile du demandeur, au motif que ce dernier s'était réclamé de nouveau de la protection diplomatique du Pakistan — Le ministre a affirmé qu'il lui était loisible de se fonder sur la présomption d'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine qui a été établie lorsque le demandeur a renouvelé son passeport pakistanais — Il a aussi fait valoir que les motifs fournis par le demandeur pour justifier ses voyages au Pakistan ne suffisaient pas pour établir qu'ils étaient nécessaires pour réfuter la présomption d'intention — Le demandeur a obtenu un passeport pakistanais parce qu'il cherchait un outil lui permettant de voyager et de protéger sa famille — La SPR a été disposée à accepter que le demandeur ait été contraint d'effectuer son premier voyage pour régler un différend relatif à un héritage, mais elle n'a pas accepté le fait que des circonstances particulières l'ont obligé à retourner dans son pays les cinq autres fois — La SPR a établi que le demandeur avait agi volontairement — Elle a conclu que le demandeur, en utilisant son passeport à de multiples reprises, pour entrer au Pakistan et en ressortir, avait démontré qu'il avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine — Elle a aussi conclu que le demandeur avait en fait obtenu la protection diplomatique du Pakistan

to second aspect of test on reavilment as set out in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Galindo Camayo* (*Galindo Camayo*), i.e. establishment of subjective element of intent to reavail — Incumbent on RPD to have carried out individualized assessment of all evidence before it, including evidence adduced by applicant as to his subjective intent, in determining whether presumption of reavilment was rebutted in this case — *Galindo Camayo* introduced series of factors to which RPD should have regard when considering, balancing evidence — Other elements of evidence should then be assessed, weighed by RPD to arrive at final determination on which side of reavilment analysis scales fall — RPD did not assess reasonableness of applicant's claim as to reason why he acquired Pakistani passport — Simply stated that if applicant had truly needed to protect his family, RPD would have expected him to have travelled to Pakistan more than 5 times in 13 years — RPD's analysis unintelligible, sheer speculation — RPD failed to address reason why applicant had only travelled to Pakistan five times since obtaining permanent residence — Did not engage with evidence that arguably went to possibly defeating presumption of reavilment — Assessment of applicant's intent to reavail himself of diplomatic protection of Pakistan had to take into account his perceived level of risk of persecution within context of circumstances of his return to Pakistan — Focus throughout analysis of cessation case should be on whether refugee's conduct can reliably indicate that refugee intended to waive protection of country of asylum — Engagement with specific submissions of refugee addressing their subjective intent to reavail, nature of agent of persecution featuring prominently as part of *Galindo Camayo* factors — RPD failed to consider how compelling applicant's reasons were from his own perspective — Obligated to assess significance of these reasons, their impact on issue of applicant's intention to reavail himself of protection of Pakistan — Seriousness of impact of RPD's decision on applicant increased duty on RPD to explain its decision — Application allowed.

— Le demandeur a affirmé que la SPR n'a pas procédé à une évaluation valable de ses principaux arguments concernant la question de savoir s'il avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection diplomatique du Pakistan — Il a soutenu que toute évaluation de son intention subjective de se réclamer de nouveau de la protection du Pakistan devait tenir compte de son degré de risque perçu, sachant qu'il ne devait rester que pendant une courte période — Il s'agissait de déterminer si la décision de la SPR était raisonnable — La décision était déraisonnable — La question déterminante en l'espèce portait sur le deuxième volet du critère tel qu'établi dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Galindo Camayo* (*Galindo Camayo*), à savoir l'établissement de l'élément subjectif de l'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine — Il incombait à la SPR de procéder à une évaluation individualisée de tous les éléments de preuve dont elle disposait, y compris les éléments de preuve produits par le demandeur quant à son intention subjective, pour déterminer si la présomption selon laquelle il s'était réclamé de nouveau de la protection de son pays de nationalité a été réfutée en l'espèce — L'arrêt *Galindo Camayo* a présenté une série de facteurs que la SPR devrait prendre en considération au moment d'examiner et de pondérer les éléments de preuve — La SPR devrait alors évaluer et pondérer d'autres éléments de preuve pour décider, de manière définitive, de quel côté de l'analyse touchant le fait de se réclamer de la protection de son pays d'origine la balance penche — La SPR n'a d'aucune façon évalué le caractère raisonnable de l'allégation du demandeur quant à la raison pour laquelle il a obtenu le passeport pakistanais — Elle a simplement déclaré que, si le demandeur avait dû réellement protéger sa famille, elle se serait attendue à ce qu'en 13 ans, il se rende au Pakistan plus que 5 fois seulement — L'analyse de la SPR était inintelligible et elle faisait appel à de la pure spéculation — La SPR a omis de traiter la raison pour laquelle, depuis qu'il avait obtenu la résidence permanente, le demandeur ne s'était rendu au Pakistan que cinq fois — La SPR n'a pas tenu compte des éléments de preuve qui auraient vraisemblablement amené à réfuter la présomption d'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine — L'évaluation de l'intention du demandeur de se réclamer de nouveau de la protection diplomatique du Pakistan devait tenir compte de son niveau de risque ou de crainte de persécution perçu, dans le contexte des circonstances de son retour au Pakistan — Tout au long de l'analyse d'un cas de perte d'asile, l'accent doit être mis sur la question de savoir si le comportement du réfugié peut indiquer de manière fiable que le réfugié avait l'intention de renoncer à la protection du pays d'asile — Tenir compte des observations précises du défendeur, qui portent sur l'intention subjective de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine, et de la nature de l'agent de persécution fait partie de ces facteurs énoncés dans l'arrêt *Galindo Camayo* qui occupent une place prédominante — La SPR a omis d'examiner dans quelle mesure les motifs du demandeur étaient, du point de vue de celui-ci, impérieux — Elle

This was an application for judicial review of a decision by the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board granting the application to cease the applicant's refugee protection filed by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (Minister) pursuant to subsection 108(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act).

The applicant, a citizen of Pakistan, arrived in Canada in July 2005 and claimed refugee protection because a fundamentalist Sunni imam had accused him of blasphemy, and on account of the fact that he was being pursued because he was active in the promotion of Shia Islam. The RPD allowed the applicant's claim for refugee protection, and he became a permanent resident of Canada. The applicant later applied for and acquired a new Pakistani passport, and in January 2008, used it to travel to Pakistan, where he stayed until May 2008. The applicant continued to travel to Pakistan in the years that followed. In addition, since 2017, the applicant has used his Pakistani passport to travel several times to the United States for employment purposes as a long-haul truck driver. In 2018, the Minister applied to the RPD for the cessation of the applicant's refugee protection because he had reavailed himself of Pakistan's diplomatic protection. The Minister argued that he was entitled to rely on the presumption of reavailment that was established when Mr. Ahmad obtained and renewed his Pakistani passport. The Minister also argued that the reasons provided by the applicant to justify his trips to Pakistan were insufficient to establish that they were necessary under the circumstances to rebut the presumption of reavailment. Before the RPD, the applicant testified that he applied for a Pakistani passport because he wanted a tool to travel and protect his family—a Canadian travel document would have prohibited travel to Pakistan. In its assessment of the nature of each of the applicant's trips to Pakistan, the RPD was prepared to accept that the applicant was compelled to make his first trip in 2008, in part by the need to settle an inheritance dispute, but it did not accept that he was compelled by special circumstances to return to his country the other five times. The RPD structured its analysis based on whether the applicant (a) acted voluntarily; (b) intended to reavail himself of Pakistan's diplomatic protection; and (c) actually reavailed himself of Pakistan's diplomatic protection. The RPD determined that the applicant had acted voluntarily as he was not compelled by any authority to renew his passport or to return to Pakistan. With respect to the second requirement, the RPD found that Mr. Ahmad had

avait l'obligation d'évaluer l'importance de ces motifs et leur incidence sur la question de l'intention du demandeur de se réclamer de nouveau de la protection du Pakistan — La gravité des répercussions de la décision de la SPR sur le demandeur a renforcé l'obligation de la SPR d'expliquer sa décision — Demande accueillie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a accueilli la demande de constat de perte d'asile du demandeur, déposée par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre), en application du paragraphe 108(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

Le demandeur, un citoyen du Pakistan, est arrivé au Canada en juillet 2005 et a demandé l'asile, car un imam fondamentaliste sunnite l'avait accusé de blasphème et parce qu'il était recherché en raison du rôle actif qu'il jouait dans la promotion de l'islam chiite. La SPR a accueilli la demande d'asile du demandeur et ce dernier est devenu résident permanent du Canada. Plus tard, le demandeur a demandé et obtenu un nouveau passeport pakistanais et, en janvier 2008, il s'en est servi pour se rendre au Pakistan, où il est resté jusqu'en mai 2008. Le demandeur a continué à aller au Pakistan au cours des années qui ont suivi. En outre, depuis 2017, le demandeur a utilisé plusieurs fois son passeport pakistanais pour se rendre aux États-Unis, afin de travailler en tant que conducteur de grand routier. En 2018, le ministre a présenté à la SPR une demande de constat de la perte d'asile de M. Ahmad, au motif que ce dernier s'était réclamé de nouveau de la protection diplomatique du Pakistan. Le ministre a affirmé qu'il lui était loisible de se fonder sur la présomption d'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine qui a été établie lorsque le demandeur a obtenu et renouvelé son passeport pakistanais. Le ministre a aussi fait valoir que les motifs fournis par le demandeur pour justifier ses voyages au Pakistan ne suffisaient pas pour établir que les voyages étaient absolument nécessaires dans les circonstances pour réfuter la présomption d'intention. Devant la SPR, le demandeur a témoigné qu'il avait demandé un passeport pakistanais parce qu'il cherchait un outil lui permettant de voyager et de protéger sa famille — un titre de voyage canadien l'aurait empêché de se rendre au Pakistan. Lorsqu'elle a évalué la nature de chacun des voyages au Pakistan du demandeur, la SPR a été disposée à accepter que le demandeur ait été contraint d'effectuer son premier voyage en 2008, en partie parce qu'il devait régler le différend relatif à un héritage, mais elle n'a pas accepté le fait que des circonstances particulières l'ont obligé à retourner dans son pays les cinq autres fois. La SPR a organisé son analyse en se fondant sur trois conditions, à savoir si le demandeur a) a agi volontairement; b) avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection diplomatique du Pakistan; et c) s'est en fait

demonstrated that he intended to reavail himself of the protection of his country by using his passport on multiple occasions to enter and exit Pakistan. Finally, the RPD found that the applicant had actually obtained the diplomatic protection of Pakistan.

The applicant asserted that the RPD failed to conduct any meaningful assessment of his central arguments in relation to whether he intended to reavail himself of Pakistan's diplomatic protection. In short, the applicant submitted that the fact that the agent of persecution was rid of him had calmed the waters, and he no longer felt the same degree of risk if he returned to his area for short periods of time and kept his head down while he was there. In addition, the applicant claimed that with each trip, he was reasonably emboldened to continue to take the risk of returning to his country of nationality, but only when it was necessary. Therefore, he argued, any assessment of his subjective intention to reavail himself of the protection of Pakistan had to take into account his level of perceived risk where he was only to remain there for a short period of time while taking precautions to remain clear of his agent of persecution, as weighed against his determination as to the necessity of returning to Pakistan.

At issue was whether the RPD's decision was reasonable.

Held, the application should be allowed.

The RPD's decision was not reasonable. In *Canada (Citizenship and Immigration) v. Galindo Camayo (Galindo Camayo)*, the Federal Court of Appeal dealt with the manner in which the intention to reavail is to be assessed, and set out a series of factors that the RPD could take into consideration in making an assessment of the subjective element of intention. The determinative issue in this case related to the second aspect of the test on reavailment, i.e. the establishment of the subjective element of intent to reavail. The two components inherent in the assessment of the element of intent are the strength of the presumption that may exist favouring a finding of reavailment, and the factors to which a decision maker should have regard in the assessment of whether the presumption has been rebutted. The presumption that is created when a refugee acquires a passport issued by their country of nationality and travels to that country is a factual presumption in favour of the subjective element of intent to reavail. The presumption has been characterized as "particularly strong"

réclamé de nouveau de la protection diplomatique du Pakistan. La SPR a établi que le demandeur avait agi volontairement, étant donné qu'aucune autorité ne l'avait contraint à renouveler son passeport ou à retourner au Pakistan. En ce qui a trait à la deuxième condition, la SPR a conclu que le demandeur, en utilisant son passeport à de multiples reprises, pour entrer au Pakistan et en ressortir, avait démontré qu'il avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine. Finalement, la SPR a conclu que le demandeur avait en fait obtenu la protection diplomatique du Pakistan.

Le demandeur a affirmé que la SPR n'a pas procédé à une évaluation valable de ses principaux arguments concernant la question de savoir s'il avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection diplomatique du Pakistan. En bref, le demandeur a prétendu que le calme était revenu depuis que l'agent de persécution était débarrassé de lui, que le degré de risque qu'il percevrait, s'il retournait dans sa région pendant de courtes périodes, ne serait plus le même, et qu'il faisait profil bas lorsqu'il se trouvait là-bas. De plus, le demandeur a allégué qu'à chaque voyage, il s'enhardissait raisonnablement pour continuer à prendre le risque de retourner dans le pays dont il a la nationalité, mais uniquement lorsque cela était nécessaire. Par conséquent, il a soutenu que toute évaluation de son intention subjective de se réclamer de nouveau de la protection du Pakistan devait tenir compte de son degré de risque perçu, sachant qu'il ne devait rester que pendant une courte période, tout en prenant les précautions nécessaires pour se tenir à l'écart de son agent de persécution, par rapport à sa décision quant à la nécessité de retourner au Pakistan.

Il s'agissait de déterminer si la décision de la SPR était raisonnable.

Jugement : la demande doit être accordée.

La décision de la SPR était déraisonnable. Dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Galindo Camayo (Galindo Camayo)*, la Cour d'appel fédérale a traité de la façon dont l'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine doit être évaluée et elle a énoncé une série de facteurs que la SPR pourrait prendre en considération lorsqu'elle évalue l'élément subjectif de l'intention. La question déterminante en l'espèce portait sur le deuxième volet du critère relatif au fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine, à savoir l'établissement de l'élément subjectif de l'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine. Les deux éléments inhérents à l'évaluation de l'élément de l'intention sont la force de la présomption, qui pourrait exister en faveur d'une conclusion concernant le fait que le demandeur s'est réclamé de nouveau de la protection de son pays d'origine, et les facteurs qu'un décideur devrait prendre en considération au moment d'évaluer si la présomption a été réfutée. La présomption qui est créée lorsqu'un réfugié obtient

when the refugee has traveled to their country of nationality on the strength of the passport issued by that country. In the determination of whether there existed “sufficient evidence to rebut the presumption of reavilment” it was incumbent on the RPD to have carried out an individualized assessment of all of the evidence before it, including the evidence adduced by the applicant as to his subjective intent, in determining whether the presumption of reavilment was rebutted in this case. The effect of *Galindo Camayo* was to introduce a series of factors to which the RPD should have regard—beyond simply determining whether the circumstances necessitating the travel were exceptional—when considering and balancing the evidence in order to determine whether the presumption of reavilment has been rebutted. It follows that other elements of the evidence should then be assessed and weighed by the RPD to arrive at a final determination on which side of the reavilment analysis the scales fall, with the onus being on the applicant to convince the RPD, on the balance of probabilities, that he did not intend to reavail himself of the protection of Pakistan once his acquisition of his Pakistani passport and his travels back to Pakistan were put into evidence. The RPD began its analysis with the presumption created by the applicant’s acquisition of his Pakistani passport and his travels to Pakistan. However, the RPD did not assess in any way the reasonableness of the applicant’s claim as to the reason why he acquired the passport; rather, the RPD simply stated that if the applicant had truly needed to protect his family, the RPD would have expected him to have travelled to Pakistan more than only 5 times in 13 years. The RPD’s analysis was unintelligible and called for sheer speculation, especially where additional travel to Pakistan may well have strengthened the argument in favour of reavilment. The RPD failed to address the reason why the applicant had only travelled to Pakistan five times since obtaining permanent residence, an issue that would have been relevant in the determination of his subjective intent to reavail. The presumption of reavilment is a rebuttable one, and the key to the assessment of the reasonableness of the RPD’s finding on intent was whether it engaged with the evidence that arguably went to possibly defeating that presumption. It did not. At no point in the assessment of the applicant’s subjective intent to reavail did the RPD address the principal argument that he made, i.e. that the assessment of his intent to reavail himself of the diplomatic protection of Pakistan had to take into account his perceived level of risk or fear of persecution within the context of the circumstances of his return to his country. The focus throughout the analysis of a cessation case should be on whether the refugee’s conduct—and the inferences that can be drawn from it—can reliably indicate that the refugee intended to waive the protection of the country of asylum. Engagement with the specific submissions of the refugee addressing their subjective intent to reavail and the nature of the agent of persecution—regardless of whether or not the agent of persecution is a non-state actor—feature prominently as part of the factors set out in *Galindo Camayo*. By repeatedly asking the applicant to

un passeport délivré par le pays dont il a la nationalité et qu’il se rend dans ce pays est, en fait, une présomption factuelle en faveur de l’élément subjectif de l’intention de se réclamer de nouveau de la protection de ce pays. La présomption est qualifiée de « particulièrement forte » dans le cas où le réfugié voyage dans le pays dont il a la nationalité en utilisant le passeport délivré par ce pays. Pour déterminer s’il existait « une preuve suffisante pour réfuter la présomption selon laquelle il s’est réclaté de nouveau de la protection de son pays d’origine », il incombait à la SPR de procéder à une évaluation individualisée de tous les éléments de preuve dont elle disposait, y compris les éléments de preuve produits par le demandeur quant à son intention subjective, pour déterminer si la présomption selon laquelle il s’était réclaté de nouveau de la protection de son pays de nationalité a été réfutée en l’espèce. L’arrêt *Galindo Camayo* a eu pour effet de présenter une série de facteurs que la SPR devrait prendre en considération — qui vont au-delà de déterminer simplement si les circonstances, qui ont nécessité le voyage, étaient exceptionnelles — au moment d’examiner et de pondérer les éléments de preuve, afin d’établir si la présomption d’intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d’origine a été réfutée. Il s’ensuit que la SPR devrait alors évaluer et pondérer d’autres éléments de preuve pour décider, de manière définitive, de quel côté de l’analyse touchant le fait de se réclamer de la protection de son pays d’origine la balance penche, le demandeur ayant le fardeau de convaincre la SPR, selon la prépondérance des probabilités, qu’il n’avait pas l’intention de se réclamer de la protection du Pakistan, une fois que l’obtention de son passeport pakistanais et que ses voyages de retour au Pakistan ont été produits en preuve. La SPR a commencé son analyse par la présomption créée par l’obtention par M. Ahmad de son passeport pakistanais et par ses voyages au Pakistan. Cependant, la SPR n’a d’aucune façon évalué le caractère raisonnable de l’allégation du demandeur quant à la raison pour laquelle il a obtenu le passeport. La SPR a plutôt simplement déclaré que, si le demandeur avait dû réellement protéger sa famille, elle se serait attendue à ce qu’en 13 ans, il se rende au Pakistan plus que 5 fois seulement. L’analyse de la SPR était inintelligible et elle faisait appel à de la pure spéculation, surtout qu’il se peut très bien que d’autres voyages au Pakistan aient renforcé l’argument du demandeur en faveur de l’intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d’origine. La SPR a omis de traiter la raison pour laquelle, depuis qu’il avait obtenu la résidence permanente au Canada, le demandeur ne s’était rendu au Pakistan que cinq fois. On se serait attendu à ce que cette question soit pertinente pour déterminer l’intention subjective du demandeur de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d’origine. La présomption d’intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d’origine est réfutable et, pour évaluer le caractère raisonnable de la conclusion de la SPR quant à l’intention, il est essentiel de se demander si elle a tenu compte des éléments de preuve qui auraient vraisemblablement amené à réfuter cette présomption. Elle ne l’a pas fait. À aucun moment, durant l’évaluation de

demonstrate that his presence in Pakistan was absolutely necessary, the RPD did exactly what the Court in *Galindo Camayo* sought to prevent with regard to the assessment of subjective intent—namely, it failed to consider how compelling the applicant’s reasons were from his own perspective. The RPD had the obligation to assess the significance of these reasons and their impact on the issue of the applicant’s intention to reavail himself of the protection of Pakistan. Finally, the RPD made unreasonable credibility findings that also prevented it from properly assessing the purpose of the applicant’s travels and his related intent to reavail, if any. Here, the seriousness of the impact of the RPD’s decision on Mr. Ahmad increased the duty on the RPD to explain its decision. Given the findings herein relating to the applicant’s intention to reavail, there was no need not deal with the third aspect of the test, being whether the applicant actually reavailed himself of the diplomatic protection of Pakistan.

l’intention subjective du demandeur de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d’origine, la SPR n’a examiné l’argument principal qu’il a formulé, à savoir que l’évaluation de son intention de se réclamer de nouveau de la protection diplomatique du Pakistan devait tenir compte de son niveau de risque ou de crainte de persécution perçu, dans le contexte des circonstances de son retour dans son pays. Tout au long de l’analyse d’un cas de perte d’asile, l’accent doit être mis sur la question de savoir si le comportement du réfugié, ainsi que les déductions qui peuvent en être tirées, peut indiquer de manière fiable que le réfugié avait l’intention de renoncer à la protection du pays d’asile. Le fait de tenir compte des observations précises du défendeur, qui portent sur l’intention subjective de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d’origine, et de la nature de l’agent de persécution, qu’il soit ou non un acteur non étatique, fait partie de ces facteurs énoncés dans l’arrêt *Galindo Camayo* qui occupent une place prédominante. En demandant à maintes reprises au demandeur de démontrer que sa présence au Pakistan était absolument nécessaire, la SPR a fait exactement ce que la Cour, dans l’arrêt *Galindo Camayo*, a cherché à éviter relativement à l’évaluation de l’intention subjective, à savoir qu’elle a omis d’examiner dans quelle mesure les motifs du demandeur étaient, du point de vue de celui-ci, impérieux. La SPR avait l’obligation d’évaluer l’importance de ces motifs et leur incidence sur la question de l’intention du demandeur de se réclamer de nouveau de la protection du Pakistan. Enfin, la SPR a tiré des conclusions déraisonnables quant à la crédibilité, qui l’ont aussi empêchée d’évaluer correctement le but des voyages du demandeur et son intention, le cas échéant, afférente aux voyages, de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d’origine. En l’espèce, la gravité des répercussions de la décision de la SPR sur le demandeur a renforcé l’obligation de la SPR d’expliquer sa décision. Compte tenu des conclusions tirées en l’espèce relatives à l’intention du demandeur de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d’origine, il n’y avait pas lieu d’examiner le troisième volet du critère qui était de savoir si le demandeur s’est effectivement réclamé de nouveau de la protection diplomatique du Pakistan.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 96, 108.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, 189 U.N.T.S. 137, Art. 1A, 1C.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 96, 108.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, 189 R.T.N.U. 137, art. 1A, 1C.

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Citizenship and Immigration) v. Galindo Camayo, 2022 FCA 50, [2022] 4 F.C.R. 220; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653.

DISTINGUISHED:

Camargo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2003 FC 1434; *Abawaji v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1065; *Chitsinde v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2021 FC 1066.

CONSIDERED:

Nsende v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2008 FC 531, [2009] 1 F.C.R. 49; *Li v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 459, 479 F.T.R. 22; *Abadi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 29; *Hamid v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2022 FC 1541; *Ortiz Garcia v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1346.

REFERRED TO:

Lu v. Canada (Citizenship and Immigration), 2019 FC 1060; *Cabrera Cadena v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 67, 408 F.T.R. 1; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Mason*, 2021 FCA 156, [2022] 1 F.C.R. 3; *Mayell v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 139; *Seid v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 1167.

AUTHORS CITED

United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, UN Doc. HCR/1P/4/ENG/REV.4 (Geneva, reissued February 2019).

APPLICATION for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board of Canada (2021 CanLII 153853) granting the application to cease the applicant's refugee protection filed by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness pursuant to subsection 108(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application allowed.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Galindo Camayo, 2022 CAF 50, [2022] 4 R.C.F. 220; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Camargo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2003 CF 1434; *Abawaji c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1065; *Chitsinde c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2021 CF 1066.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Nsende c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2008 CF 531, [2009] 1 R.C.F. 49; *Li c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 459; *Abadi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 29; *Hamid c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2022 CF 1541; *Ortiz Garcia c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1346.

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Lu c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2019 CF 1060; *Cabrera Cadena c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CF 67; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Mason*, 2021 CAF 156, [2022] 1 R.C.F. 3; *Mayell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 139; *Seid c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 1167.

DOCTRINE CITÉE

Nations Unies. Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Doc. NU HCR/1P/4/FRE/REV.4 (Genève, réédité février 2019).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (2021 CanLII 153853), qui a accueilli la demande de constat de perte d'asile du demandeur, déposée par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, en application du paragraphe 108(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

APPEARANCES

Jean-François Bertrand for applicant.
Annie Flamand for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Bertrand Deslauriers, Montréal, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

PAMEL J.:

I. Overview

[1] The applicant, Mr. Rauf Ahmad, a citizen of Pakistan, seeks judicial review of a decision by the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board [*X (Re)*, 2021 CanLII 153853 (RPD)] dated November 12, 2021, granting the application to cease his refugee protection filed by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (Minister) pursuant to subsection 108(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act). The RPD considered the evidence with respect to Mr. Ahmad's use of his Pakistani passport—acquired after he was granted refugee protection in Canada—to travel back to Pakistan on five occasions, between 2008 and 2014, and determined that the three-part test outlined in *Nsende v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 531, [2009] 1 F.C.R. 49, at paragraph 13, had been met and that Mr. Ahmad had voluntarily reavailed himself of the protection of Pakistan, as provided for in paragraph 108(1)(a) of the Act. Accordingly, pursuant to subsection 108(3) of the Act, Mr. Ahmad's claim for refugee protection was deemed to have been rejected.

[2] For the reasons that follow, I find the RPD's decision unreasonable. The determinative issue in this case was the manner in which the RPD assessed Mr. Ahmad's motivation for acquiring a Pakistani passport and travelling

ONT COMPARU :

Jean-François Bertrand pour le demandeur.
Annie Flamand pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Bertrand Deslauriers, Montréal, pour le demandeur.

Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

LE JUGE PAMEL :

I. Aperçu

[1] Le demandeur, M. Rauf Ahmad, citoyen du Pakistan, demande le contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés [*X (Re)*, 2021 CanLII 153853] (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, datée du 12 novembre 2021, qui accueille la demande de constat de perte d'asile du demandeur, déposée par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre), en application du paragraphe 108(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi). La SPR a examiné les éléments de preuve concernant l'utilisation par M. Ahmad de son passeport pakistanais — acquis après avoir obtenu l'asile au Canada — pour retourner au Pakistan à cinq reprises, entre 2008 et 2014, et elle a établi que le critère à trois volets, énoncé dans la décision *Nsende c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 531, [2009] 1 R.C.F. 49, au paragraphe 13, avait été rempli et que M. Ahmad s'était réclamé de nouveau et volontairement de la protection du Pakistan, aux termes de l'alinéa 108(1)a) de la Loi. Par conséquent, en application du paragraphe 108(3) de la Loi, le constat a été assimilé au rejet de la demande d'asile de M. Ahmad.

[2] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la décision de la SPR est déraisonnable. En l'espèce, la question déterminante portait sur la façon dont la SPR, dans sa décision quant au deuxième volet du critère relatif au

to Pakistan, in its determination of the second aspect of the reavailment test, *to wit*, whether Mr. Ahmad intended by his actions to reavail himself of Pakistan's protection. In *Canada (Citizenship and Immigration) v. Galindo Camayo*, 2022 FCA 50, [2022] 4 F.C.R. 220 (*Camayo*), the Federal Court of Appeal recently dealt with the manner in which the intention to reavail is to be assessed, and set out a series of factors that the RPD could take into consideration in making an assessment of the subjective element of intention.

[3] Here, Mr. Ahmad provided various reasons outlining his motivation to travel to Pakistan, however other than listing such reasons and his submissions at the outset of its decision, the RPD did not sufficiently engage with those reasons so as to properly assess Mr. Ahmad's subjective intention, contrary to the teachings of the Federal Court of Appeal in *Camayo*. In fairness, *Camayo* was decided after the RPD rendered its decision, which is the subject of the present application, however before me, the reasoning of the RPD must be assessed in light of the Federal Court of Appeal's recent decision. As a result, this application for judicial review will be allowed.

II. Facts and Underlying Decisions

[4] Mr. Ahmad arrived in Canada in July 2005 and claimed refugee protection because a fundamentalist Sunni imam who lived in the area of his village had accused him of blasphemy, and on account of the fact that he was being pursued because he was active in the promotion of Shia Islam. In April 2006, the RPD allowed Mr. Ahmad's claim for refugee protection, and in February 2007, Mr. Ahmad became a permanent resident of Canada. About five months later, in July 2007, Mr. Ahmad applied for and acquired a new Pakistani passport, and in January 2008, used it to travel to Pakistan, where he stayed until May 2008; the reason for his trip was purportedly to settle an inheritance dispute with his brother following the death of their father.

fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine, a évalué la motivation de M. Ahmad à acquérir un passeport pakistanais et à voyager au Pakistan, à savoir si M. Ahmad avait l'intention, par ses actions, de se réclamer de nouveau de la protection du Pakistan. Dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Galindo Camayo*, 2022 CAF 50, [2022] 4 R.C.F. 220 (*Camayo*), la Cour d'appel fédérale a récemment traité de la façon dont l'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine doit être évaluée et elle a énoncé une série de facteurs que la SPR pourrait prendre en considération lorsqu'elle évalue l'élément subjectif de l'intention.

[3] En l'espèce, M. Ahmad a fourni divers motifs qui indiquaient sa motivation de voyager au Pakistan. Cependant, à part avoir énuméré ces motifs et les observations de M. Ahmad, au début de sa décision, la SPR n'a pas suffisamment tenu compte de ces motifs pour évaluer correctement l'intention subjective de M. Ahmad, ce qui va à l'encontre de ce que l'arrêt *Camayo* de la Cour d'appel fédérale nous enseigne. En toute justice, l'affaire *Camayo* a été jugée après que la SPR a rendu la décision qui fait l'objet de la présente demande. Cependant, le raisonnement de la SPR, qui m'est présenté, doit être évalué à la lumière de la décision rendue récemment par la Cour d'appel fédérale. Par conséquent, la présente demande de contrôle judiciaire sera accueillie.

II. Faits et décisions sous-jacentes

[4] M. Ahmad est arrivé au Canada en juillet 2005 et a demandé l'asile, car un imam fondamentaliste sunnite, qui vivait dans les environs de son village, l'avait accusé de blasphème et parce qu'il était recherché en raison du rôle actif qu'il jouait dans la promotion de l'islam chiite. En avril 2006, la SPR a accueilli la demande d'asile de M. Ahmad et ce dernier est devenu résident permanent du Canada en février 2007. Environ cinq mois plus tard, en juillet 2007, M. Ahmad a demandé et obtenu un nouveau passeport pakistanais et, en janvier 2008, il s'en est servi pour se rendre au Pakistan, où il est resté jusqu'en mai 2008. Son voyage aurait été motivé par son intention de régler un différend avec son frère relatif à un héritage, à la suite du décès de leur père.

[5] Mr. Ahmad continued to travel to Pakistan in the years that followed: in January 2009, he obtained an extension of the validity of his Pakistani passport and travelled to Pakistan, where he remained for about four months; he travelled again to Pakistan on his Pakistani passport from June to September 2010. According to Mr. Ahmad, both trips were rendered necessary on account of the ailing health of his wife, who was suffering from depression.

[6] After seeking a further extension of his Pakistani passport in July 2012 and successfully sponsoring his family for permanent residence in Canada, Mr. Ahmad returned to Pakistan for a fourth time in October 2012, where he remained for about a month to assist, he claims, his family in travelling to Canada. Finally, after receiving a new Pakistani passport in July 2013, and with his family already in Canada, Mr. Ahmad escorted his daughter to Pakistan in May 2014, where she was to be married; he stayed for about a month and attended the wedding.

[7] In addition, since 2017, Mr. Ahmad has used his Pakistani passport to travel several times to the United States for employment purposes as a long-haul truck driver.

[8] On September 5, 2018, over 11 years after Mr. Ahmad first became a Canadian permanent resident, the Minister applied to the RPD pursuant to subsection 108(2) of the Act for the cessation of Mr. Ahmad's refugee protection on the grounds that he had reavailed himself of Pakistan's diplomatic protection, as demonstrated by his multiple return trips using his Pakistani passport; it is diplomatic protection—separate from state protection, which relates to the grounds on which a refugee claim is made—that is the relevant protection in cessation cases (*Lu v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 1060, at paragraph 60). The Minister argued that he is entitled to rely on the presumption of reavailment that was established when Mr. Ahmad obtained and renewed his Pakistani passport, at which point the burden shifted to Mr. Ahmad to establish that he had not, in fact, sought reavailment (*Li v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 459, 479 F.T.R. 22 (*Li*), at paragraph 42); in

[5] M. Ahmad a continué à aller au Pakistan au cours des années qui ont suivi : en janvier 2009, il a obtenu la prorogation de la validité de son passeport pakistanais et il s'est rendu au Pakistan, où il est resté pendant près de quatre mois. Il a voyagé de nouveau au Pakistan en utilisant son passeport pakistanais de juin à septembre 2010. Selon M. Ahmad, il a dû effectuer ces deux voyages en raison du mauvais état de santé de sa femme, qui souffrait de dépression.

[6] Après avoir demandé une nouvelle prorogation de la validité de son passeport pakistanais en juillet 2012 et avoir réussi à parrainer sa famille, qui a obtenu la résidence permanente au Canada, M. Ahmad est retourné au Pakistan pour la quatrième fois en octobre 2012, où il est resté pendant près d'un mois pour, selon lui, aider sa famille à venir au Canada. Enfin, après avoir reçu un nouveau passeport pakistanais en juillet 2013 et alors que sa famille se trouvait déjà au Canada, M. Ahmad a accompagné sa fille au Pakistan en mai 2014, où elle devait se marier. Il y est resté pendant près d'un mois et il a assisté au mariage.

[7] En outre, depuis 2017, M. Ahmad a utilisé plusieurs fois son passeport pakistanais pour se rendre aux États-Unis, afin de travailler en tant que conducteur de grand routier.

[8] Le 5 septembre 2018, plus de 11 ans après que M. Ahmad a d'abord obtenu la résidence permanente au Canada, le ministre a présenté à la SPR, en application du paragraphe 108(2) de la Loi, une demande de constat de la perte d'asile de M. Ahmad, au motif que ce dernier s'était réclamé de nouveau de la protection diplomatique du Pakistan, comme l'attestent ses multiples voyages aller-retour à l'aide de son passeport pakistanais; c'est la protection diplomatique — qui se distingue de la protection de l'État et qui découle des motifs pour lesquels une demande d'asile est présentée — qui s'applique dans les cas de perte d'asile (*Lu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 1060, au paragraphe 60). Le ministre affirme qu'il lui est loisible de se fonder sur la présomption d'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine qui a été établie lorsque M. Ahmad a obtenu et renouvelé son passeport pakistanais, moment où il appartenait à M. Ahmad d'établir qu'il

this case, argued the Minister, the reasons provided by Mr. Ahmad to justify his trips to Pakistan did not alter the voluntary aspect of his conduct (*Cabrera Cadena v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 67, 408 F.T.R. 1, at paragraph 22) and were insufficient to establish that the trips were absolutely necessary under the circumstances so as to rebut the presumption of reavailingment.

[9] In its decision, the RPD noted that Mr. Ahmad, when asked why he had applied for a Pakistani passport in July 2007, testified that he did so because he wanted a tool to travel and protect his family—a Canadian travel document would have prohibited travel to Pakistan. In particular, Mr. Ahmad explained that his father had acted as the male protector of his wife and children after Mr. Ahmad left Pakistan in 2005; however, since his father's death in 2006, there had been no male protector for them, and Mr. Ahmad stated that the purpose of his trip back in 2008 was in fact to provide them with such protection. The RPD determined that if the protection of his family was the compelling reason for his return to Pakistan following the death of his father, Mr. Ahmad would not have waited 18 months following the passing of his father to return, and would in fact have travelled there more often than he actually did.

[10] In its assessment of the nature of each of Mr. Ahmad's trips to Pakistan, the RPD was prepared to accept that Mr. Ahmad was compelled to make his first trip in 2008, in part by the need to settle the inheritance dispute, but it did not accept that Mr. Ahmad was compelled by special circumstances to return to his country the other four times, especially the fifth time, when he travelled to Pakistan for his daughter's wedding. With respect to the second and third trips—supposedly rendered necessary on account of Mr. Ahmad's wife's medical condition—the RPD noted that the illness of his wife was not given as the reason for his absence from Canada in either the residence questionnaire that he completed as

ne s'était pas, en fait, réclamé de nouveau de la protection de son pays d'origine (*Li c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 459 (*Li*), au paragraphe 42); en l'espèce, le ministre a fait valoir que les motifs fournis par M. Ahmad, pour justifier ses voyages au Pakistan, ne changeaient pas le caractère volontaire de sa conduite (*Cabrera Cadena c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CF 67, au paragraphe 22) et qu'ils ne suffisaient pas pour établir que les voyages étaient absolument nécessaires dans les circonstances pour réfuter la présomption d'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine.

[9] Dans sa décision, la SPR a souligné que M. Ahmad, lorsqu'on lui a demandé pourquoi il avait demandé un passeport pakistanais en juillet 2007, a déclaré, durant son témoignage, qu'il l'avait fait parce qu'il cherchait un outil lui permettant de voyager et de protéger sa famille — un titre de voyage canadien l'aurait empêché de se rendre au Pakistan. Plus précisément, M. Ahmad a expliqué que son père, en tant qu'homme, avait joué un rôle de protecteur pour sa femme et ses enfants, après que M. Ahmad avait quitté le Pakistan en 2005. Cependant, depuis le décès de son père en 2006, sa femme et ses enfants ne bénéficiaient d'aucune protection masculine et M. Ahmad a déclaré que l'objectif de son voyage au Pakistan en 2008 était en fait de leur assurer cette protection. La SPR a établi que si le motif impérieux de son retour au Pakistan, après la mort de son père, était la protection de sa famille, M. Ahmad n'aurait pas attendu 18 mois après le décès de son père pour retourner au Pakistan et il s'y serait en fait rendu plus souvent qu'il ne l'a fait.

[10] Lorsqu'elle a évalué la nature de chacun des voyages au Pakistan de M. Ahmad, la SPR a été disposée à accepter que M. Ahmad ait été contraint d'effectuer son premier voyage en 2008, en partie parce qu'il devait régler le différend relatif à l'héritage, mais elle n'a pas accepté le fait que des circonstances particulières ont obligé M. Ahmad à retourner dans son pays les quatre autres fois, et surtout la cinquième fois, lorsqu'il s'est rendu au Pakistan pour le mariage de sa fille. En ce qui concerne les deuxième et troisième voyages — que l'état de santé de la femme de M. Ahmad a censément rendus nécessaires — la SPR a fait remarquer que la maladie de sa femme n'a été invoquée comme le motif de son

part of his 2013 citizenship application or his 2016 application for a permanent residence card, which respectively gave “vacations” and “family visit” as the reasons for his travel to Pakistan. Additionally, while acknowledging that Mr. Ahmad’s wife may have been suffering from depression and that Mr. Ahmad played some role in supporting her while in hospital, the RPD found that there was no persuasive evidence that his presence was absolutely necessary for her treatment.

[11] The RPD then addressed Mr. Ahmad’s fourth trip, which he supposedly took to assist his family in making arrangements to travel to Canada. When the RPD enquired as to whether his presence in Pakistan on this occasion was absolutely necessary, Mr. Ahmad testified that although his life continued to be in danger in his home community, he was terribly worried about something happening to his wife and children; he also did not want his wife to possibly collapse at the airport. The RPD noted however that Mr. Ahmad had previously testified that his sister, her husband and his wife’s brother had accompanied his family to the airport. Thus, the RPD found that there was ample family support for his wife and children, such that Mr. Ahmad’s presence in Pakistan was not absolutely necessary.

[12] The RPD noted that Mr. Ahmad’s fifth and last trip to Pakistan took place from May 2 to June 3, 2014, thus after his family had arrived in Canada. Mr. Ahmad testified that it was initially planned that his wife would make the trip and escort their daughter for her wedding, but that his wife had had to remain in Canada when their son broke his arm and required hospital treatment in Toronto. He also testified that his daughter, who had never travelled alone, could not travel to Pakistan without being accompanied. The RPD noted that according to Mr. Ahmad’s testimony, 2 000 people attended the wedding, and when asked whether he was concerned that his agent of persecution would learn of his presence in Pakistan, Mr. Ahmad testified that he did not perceive any danger.

absence du Canada ni dans le questionnaire sur la résidence, qu’il a rempli lors de sa demande de citoyenneté de 2013 ni dans sa demande de carte de résident permanent de 2016, dans lesquels il a indiqué, respectivement, que des « vacances » et une « visite familiale » ont motivé son voyage au Pakistan. En outre, bien que la SPR admette que la femme de M. Ahmad a pu souffrir de dépression et que M. Ahmad a joué un rôle de soutien lorsqu’elle a été hospitalisée, la SPR a conclu qu’il n’y avait aucun élément de preuve convaincant attestant que la présence de M. Ahmad était absolument nécessaire pour les soins que sa femme recevait.

[11] La SPR a ensuite examiné le quatrième voyage que M. Ahmad aurait effectué afin d’aider sa famille à organiser son voyage au Canada. Lorsque la SPR a demandé si sa présence au Pakistan à cette occasion était absolument nécessaire, M. Ahmad a témoigné que, même si sa vie était toujours en danger dans sa communauté d’origine, il était extrêmement préoccupé par ce qui pourrait arriver à sa femme et à ses enfants. De plus, il ne voulait pas que sa femme s’effondre éventuellement à l’aéroport. La SPR a toutefois noté que M. Ahmad avait auparavant témoigné que sa sœur, le mari de celle-ci et le frère de sa femme avaient accompagné sa famille à l’aéroport. La SPR a ainsi conclu que sa femme et ses enfants bénéficiaient d’un soutien familial plus que suffisant, de sorte que la présence de M. Ahmad au Pakistan n’était pas absolument nécessaire.

[12] La SPR a constaté que le cinquième et dernier voyage de M. Ahmad au Pakistan a eu lieu du 2 mai au 3 juin 2014, après l’arrivée de sa famille au Canada. M. Ahmad a témoigné qu’il était au départ prévu que sa femme fasse le voyage et accompagne leur fille pour son mariage, mais que sa femme avait dû rester au Canada, car leur fils s’était cassé le bras et avait besoin de recevoir des soins hospitaliers à Toronto. Il a également déclaré que sa fille, qui n’avait jamais voyagé seule, ne pouvait pas se rendre au Pakistan sans être accompagnée. La SPR a noté que, selon le témoignage de M. Ahmad, 2 000 personnes ont assisté au mariage et que, lorsqu’on lui a demandé s’il était inquiet qu’un agent de persécution apprenne sa présence au Pakistan, M. Ahmad a répondu qu’il n’y voyait aucun danger.

[13] The RPD structured its analysis based on the three requirements outlined in paragraph 119 of the United Nations High Commissioner for Refugees' *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, UNHCR, 2019, UN Doc. HCR/1P/4/ENG/REV (Geneva, 2019) (UNHCR Handbook), as well as the relevant case law, to assess the Minister's application under paragraph 108(1)(a) of the Act—namely, whether Mr. Ahmad (a) acted voluntarily; (b) intended to reavail himself of Pakistan's diplomatic protection; and (c) actually reavailed himself of Pakistan's diplomatic protection.

[14] With respect to the first requirement, the RPD determined that the preponderance of evidence established that Mr. Ahmad had acted voluntarily as he was not compelled by any authority to renew his passport or to return to Pakistan. In addition, Mr. Ahmad had not established that his wife's health situation constituted circumstances anticipated by paragraph 125 of the UNHCR Handbook, nor had he introduced persuasive evidence that his wife's mental health had compelled him to return to Pakistan in 2009 and 2010. Furthermore, the RPD found that the duration of his trips and the fact that he travelled on return airline tickets suggested that these trips were in fact planned in advance; according to the RPD, this further implied that no urgency existed that would have necessitated his travels and that these travels were, rather, more likely simply intended as "family visits"—consistent with the manner in which he described the trips in his 2013 and 2016 immigration documents.

[15] With respect to the second requirement, the RPD found that Mr. Ahmad had demonstrated that he intended to reavail himself of the protection of his country by using his passport on multiple occasions to enter and exit Pakistan. In doing so, Mr. Ahmad was representing himself to Pakistan as one of its citizens and not as a protected person of Canada. Given that he intended to travel to Pakistan, having and using a Pakistani passport was the only way that he could accomplish his various objectives once there.

[13] La SPR a organisé son analyse en se fondant sur les trois conditions énoncées au paragraphe 119 du *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, HCR, 2019, Doc. NU HCR/1P/4/FRE/REV.4 (Genève, 2019) (le Guide du HCR), du Haut-Commissariat des Nations Unies, ainsi que sur la jurisprudence pertinente, pour évaluer la demande du ministre en application de l'alinéa 108(1)a de la Loi — à savoir si M. Ahmad : a) a agi volontairement; b) avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection diplomatique du Pakistan; et c) s'est en fait réclamé de nouveau de la protection diplomatique du Pakistan.

[14] En ce qui a trait à la première condition, la SPR a établi que la prépondérance de la preuve établissait que M. Ahmad avait agi volontairement, étant donné qu'aucune autorité ne l'avait contraint à renouveler son passeport ou à retourner au Pakistan. En outre, M. Ahmad n'avait pas montré que l'état de santé de sa femme faisait partie des circonstances prévues au paragraphe 125 du Guide du HCR et il n'avait présenté aucun élément de preuve convaincant attestant que la santé mentale de sa femme l'avait obligé à retourner au Pakistan en 2009 et en 2010. En outre, la SPR a estimé que la durée de ses voyages et le fait qu'il avait réservé des billets d'avion de retour révélaient que ces voyages ont en fait été organisés à l'avance. Selon la SPR, cela supposait en outre que ses voyages, plutôt que de résulter d'une urgence, qui les aurait rendus nécessaires, ont plus probablement simplement été effectués en vue de « rendre visite à la famille », ce qui est cohérent avec la façon dont il a décrit les voyages dans ses documents d'immigration de 2013 et de 2016.

[15] En ce qui a trait à la deuxième condition, la SPR a conclu que M. Ahmad, en utilisant son passeport à de multiples reprises, pour entrer au Pakistan et en ressortir, avait démontré qu'il avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine. Ce faisant, au Pakistan, M. Ahmad s'est présenté comme l'un des citoyens de ce pays et non comme une personne protégée du Canada. Puisqu'il avait l'intention de voyager au Pakistan, seules l'obtention et l'utilisation d'un

[16] The RPD acknowledged that there was evidence that Mr. Ahmad took some precautions to avoid his agent of persecution by not returning to his home community in Chak-19, where the imam also lived, and by staying in Sargodha, some 75 kilometres from Chak-19. The RPD found, however, that this evidence was contradicted by his 2013 residence questionnaire, where Mr. Ahmad indicated that he stayed in Chak-19 during his first three trips to Pakistan. The RPD also determined that Mr. Ahmad was required to appear in person at the *panchayat*, a public forum to secure his inheritance, during his first trip in 2008; that he travelled with his wife to at least two public hospitals while he was in Pakistan in 2009 and 2010; and that he attended a very public family wedding in 2014. The RPD found that all of these events took place in the same general geographic area in Pakistan and that presumably, if Mr. Ahmad's agent of persecution was as powerful and "all-knowing" as purported to be, based on the agent of persecution's many connections in Pakistan, the fundamentalist Sunni imam who lived in the area of his village and who had accused him of blasphemy could reasonably be expected to have known of Mr. Ahmad's presence, in particular either at the *panchayat* in 2008 or at his daughter's public wedding in 2014. In the end, the RPD determined that Mr. Ahmad was making no more than minimal efforts not to be found by his agent of persecution.

[17] In addition, the RPD dealt with Mr. Ahmad's assertion that the administrative delays in being reunited with his family in Canada while their application for permanent residence was being processed, justified his return to his country in 2008, 2009 and 2010 and therefore cannot be considered evidence of an intention to reavail. The RPD concluded that no evidence on the issue of his application to sponsor his family to come to Canada was provided and that this issue was addressed only indirectly in his affidavit. The RPD found that Mr. Ahmad left Pakistan in 2005, that he was granted

passport pakistanais lui permettraient d'accomplir ses diverses missions une fois là-bas.

[16] La SPR a reconnu qu'il y avait des éléments de preuve indiquant que M. Ahmad a pris des précautions pour éviter son agent de persécution, en ne retournant pas dans sa communauté d'origine, à Chak-19, où l'imam vivait également, et en restant à Sargodha, à quelque 75 kilomètres de Chak-19. Elle a toutefois constaté que l'information contenue dans son questionnaire sur la résidence de 2013, dans lequel M. Ahmad a indiqué qu'il est resté à Chak-19 au cours de ses trois premiers voyages au Pakistan, contredisait ces éléments de preuve. La SPR a aussi établi qu'au cours de son premier voyage en 2008, M. Ahmad a été tenu de se présenter en personne au *panchayat* (conseil de village ou tribune publique) afin d'obtenir son héritage, qu'il s'est rendu avec sa femme dans au moins deux hôpitaux publics, pendant qu'il était au Pakistan en 2009 et 2010 et qu'il a assisté au mariage très public d'un membre de sa famille en 2014. La SPR a constaté que tous ces événements se sont produits dans la même région géographique générale au Pakistan et elle a présumé que si l'agent de persécution de M. Ahmad, du fait de ses nombreux contacts au Pakistan, était aussi puissant et « omniscient » que ce qu'il était censé être, on pourrait raisonnablement s'attendre à ce que l'imam fondamentaliste sunnite, qui vivait dans les environs de son village et qui l'avait accusé de blasphème, ait eu connaissance de la présence de M. Ahmad, notamment soit lors du *panchayat* en 2008, soit lors du mariage public de sa fille en 2014. En fin de compte, la SPR a jugé que les efforts déployés par M. Ahmad, pour éviter que son agent de persécution ne le retrouve, étaient tout au plus minimes.

[17] En outre, la SPR s'est penchée sur l'affirmation de M. Ahmad, selon laquelle les retards administratifs liés au traitement en cours de la demande de résidence permanente de sa famille, qui ont retardé sa réunion avec sa famille au Canada, ont justifié qu'il retourne dans son pays en 2008, 2009 et 2010 et que, par conséquent, ces voyages ne pouvaient pas être considérés comme une preuve de l'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine. La SPR a conclu qu'aucun élément de preuve sur la question de sa demande visant à parrainer la venue de sa famille au Canada n'a été fourni

refugee protection in 2006, and that it was open to him at the time to include his family on his application for permanent residence or to sponsor his family at a later date. All that is known from Mr. Ahmad's file, stated the RPD, is that at some point prior to Mr. Ahmad returning to Pakistan in 2012, immigrant visas were issued to his family. It is clear that the RPD did not believe Mr. Ahmad when he testified that he sought to sponsor his family at the same time as when he himself filed for permanent residency in 2006; rather, the RPD concluded that if a refugee claimant chooses to delay bringing their family to Canada, then they bear part of the responsibility for any delay, and that such a delay does not, by itself, create special circumstances permitting the return to the place of one's persecution.

[18] With respect to the third requirement, the RPD found that Mr. Ahmad, in relying on the consular services of Pakistan and in entering that country multiple times, had actually obtained the diplomatic protection of Pakistan. The RPD also found that Mr. Ahmad, in travelling to Pakistan, and later to the United States for purposes of employment, had held out that he was a citizen of Pakistan and not a protected person of Canada. The RPD also determined that, contrary to the submissions by counsel for Mr. Ahmad, one does obtain a passport in order to obtain diplomatic protection while abroad, protection afforded to the person by reason of the passport.

III. Legislative Framework

[19] Subsection 108(1) of the Act reads as follows:

Rejection

108 (1) A claim for refugee protection shall be rejected, and a person is not a Convention refugee or a person in need of protection, in any of the following circumstances:

- (a) the person has voluntarily reavailed themselves of the protection of their country of nationality;

...

et que cette question n'a été traitée qu'indirectement dans son affidavit. La SPR a constaté que M. Ahmad a quitté le Pakistan en 2005, qu'il a obtenu l'asile en 2006 et qu'à l'époque, il était libre de présenter sa demande de résidence permanente en y ajoutant les membres de sa famille ou de les parrainer à une date ultérieure. La SPR a déclaré qu'on sait seulement, à partir du dossier de M. Ahmad, qu'à un certain moment avant le retour de M. Ahmad au Pakistan en 2012, des visas d'immigrant ont été délivrés aux membres de sa famille. Il est évident que la SPR n'a pas cru M. Ahmad, lorsqu'il a déclaré avoir tenté de parrainer sa famille en même temps qu'il a lui-même présenté une demande de résidence permanente en 2006. La SPR a plutôt conclu que si un demandeur d'asile choisit de retarder l'arrivée de sa famille au Canada, il est alors rendu en partie responsable de tout retard et que ce retard, à lui seul, ne crée pas de circonstances spéciales l'autorisant à rejoindre le lieu où il a été persécuté.

[18] En ce qui a trait à la troisième condition, la SPR a conclu que M. Ahmad, en s'en remettant aux services consulaires du Pakistan et en entrant dans ce pays à plusieurs reprises, avait en fait obtenu la protection diplomatique du Pakistan. La SPR a aussi conclu que M. Ahmad, en se rendant au Pakistan, puis aux États-Unis, aux fins d'emploi, s'était présenté comme un citoyen du Pakistan et non comme une personne protégée du Canada. Elle a également établi, contrairement aux observations de l'avocat de M. Ahmad, que pour qu'une personne obtienne une protection diplomatique à l'étranger, un passeport lui est délivré. Cette protection lui est accordée en raison du passeport.

III. Cadre législatif

[19] Le paragraphe 108(1) de la Loi est rédigé comme suit :

Rejet

108 (1) Est rejetée la demande d'asile et le demandeur n'a pas qualité de réfugié ou de personne à protéger dans tel des cas suivants :

- a) il se réclame de nouveau et volontairement de la protection du pays dont il a la nationalité;

[...]

(e) the reasons for which the person sought refugee protection have ceased to exist.

Cessation of refugee protection

(2) On application by the Minister, the Refugee Protection Division may determine that refugee protection referred to in subsection 95(1) has ceased for any of the reasons described in subsection (1).

Effect of decision

(3) If the application is allowed, the claim of the person is deemed to be rejected.

[20] Canada is a signatory of the 1951 *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, 28 July 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, 189 U.N.T.S. 137 (Refugee Convention). Article 1A of the Refugee Convention defines the term “refugee” and that the definition of the term “Convention refugee” has been incorporated into the law of Canada by way of section 96 of the Act. The conditions under which a refugee ceases to be a refugee are set out in Articles 1C(1) to (6) of the Refugee Convention, which are frequently referred to as the cessation clauses, and are reflected in section 108 of the Act. Article 1C states that “[t]his Convention shall cease to apply to any person falling under the terms of section A if: (1) He has voluntarily re-availed himself of the protection of the country of his nationality”, which corresponds with paragraph 108(1)(a) of the Act.

[21] Paragraph 119 of the UNHCR Handbook sets out the three requirements to be considered in determining whether cessation has occurred under Article 1C(1):

119. ...

(a) voluntariness: the refugee must act voluntarily;

(b) intention: the refugee must intend by his action to re-avail himself of the protection of the country of his nationality;

(c) re-availing: the refugee must actually obtain such protection.

e) les raisons qui lui ont fait demander l’asile n’existent plus.

Perte de l’asile

(2) L’asile visé au paragraphe 95(1) est perdu, à la demande du ministre, sur constat par la Section de la protection des réfugiés, de tels des faits mentionnés au paragraphe (1).

Effet de la décision

(3) Le constat est assimilé au rejet de la demande d’asile.

[20] Le Canada est un pays signataire de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, 189 R.T.N.U. 137 (la Convention sur les réfugiés). L’article 1A de la Convention sur les réfugiés définit le terme « réfugié » et indique que la définition du terme « réfugié au sens de la Convention » a été incorporée à la loi canadienne, en application de l’article 96 de la Loi. Les conditions aux termes desquelles une personne cesse d’être un réfugié sont énoncées aux paragraphes 1) à 6) de la section C de l’article premier de la Convention sur les réfugiés, qui sont souvent qualifiés de clauses de cessation, et sont exposées à l’article 108 de la Loi. La section C de l’article premier dispose que « [c]ette Convention cessera, dans les cas ci-après, d’être applicable à toute personne visée par les dispositions de la section A ci-dessus : 1) Si elle s’est volontairement réclamée à nouveau de la protection du pays dont elle a la nationalité », ce qui correspond à l’alinéa 108(1)a) de la Loi.

[21] Le paragraphe 119 du Guide du HCR énonce les trois conditions à prendre en considération pour déterminer s’il y a eu perte d’asile au titre du paragraphe 1) de la section C de l’article premier de la Convention :

119. [...]

a) la volonté : le réfugié doit avoir agi volontairement;

b) l’intention : le réfugié doit avoir accompli intentionnellement l’acte par lequel il s’est réclamé à nouveau de la protection du pays dont il a la nationalité;

c) le succès de l’action : le réfugié doit avoir effectivement obtenu cette protection.

IV. Issue and Standard of Review

[22] The sole issue raised in this application for judicial review is whether the RPD’s decision was reasonable. The parties agree that the standard of review is reasonableness (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653 (*Vavilov*), at paragraphs 16–17 and 23). This Court should intervene only if the decision under review does not bear “the hallmarks of reasonableness — justification, transparency and intelligibility” and if the decision is not justified “in relation to the relevant factual and legal constraints that bear on the decision” (*Vavilov*, at paragraph 99).

[23] In addition, where the impact of a decision on an individual is high, as is the case where the consequence of a decision is the loss of refugee protection, the level of responsiveness of the decision must reflect the stakes (*Vavilov*, at paragraph 133; *Camayo*, at paragraph 50). In the end, and as stated by the Federal Court of Appeal in *Camayo*, at paragraph 57, “in cases where the administrative decision maker has to consider the proper meaning of a statutory provision, the reviewing court must be satisfied that the administrative decision maker is ‘alive [either implicitly or explicitly] to [the] essential elements’ of text, context and purpose and has touched on at least ‘the most salient aspects of the text, context [and] purpose’” (*Vavilov*, at paragraphs 120–122; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Mason*, 2021 FCA 156, [2022] 1 F.C.R. 3, at paragraph 42).

V. Analysis

[24] As stated, the RPD decision was issued on November 12, 2021. About four months later, on March 29, 2022, the Federal Court of Appeal issued its decision in *Camayo*, which was, in its view, the first opportunity that it had to deal with a cessation case since the Supreme Court’s decision in *Vavilov*.

[25] In *Camayo*, the Federal Court of Appeal reasserted—without necessarily being bound by it—the

IV. Question en litige et norme de contrôle

[22] La seule question soulevée dans la présente demande de contrôle judiciaire est de savoir si la décision de la SPR est raisonnable. Les parties conviennent que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (*Vavilov*), aux paragraphes 16, 17 et 23). Notre Cour ne devrait intervenir que si la décision faisant l’objet du contrôle ne possède pas « les caractéristiques d’une décision raisonnable, soit la justification, la transparence et l’intelligibilité » et si la décision n’est pas justifiée « au regard des contraintes factuelles et juridiques pertinentes qui ont une incidence sur celle-ci » (*Vavilov*, au paragraphe 99).

[23] En outre, lorsque la décision a des répercussions considérables sur la personne visée, comme cela est le cas lorsque la conséquence d’une décision est la perte de l’asile, la faculté d’adaptation de la décision doit refléter ces enjeux (*Vavilov*, au paragraphe 133; *Camayo*, au paragraphe 50). En fin de compte, et comme l’a déclaré la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Camayo*, au paragraphe 57, « dans les cas où le décideur administratif doit examiner le sens approprié d’une disposition législative, la cour de révision doit être convaincue que le décideur administratif est “conscient [implicitement ou explicitement] de[s] éléments essentiels” du texte, du contexte et de l’objet et qu’il a pris en compte au moins “les aspects principaux du texte, du contexte [et] de l’objet” » (*Vavilov*, aux paragraphes 120–122; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Mason*, 2021 CAF 156, [2022] 1 R.C.F. 3, au paragraphe 42).

V. Discussion

[24] Comme il a été mentionné précédemment, la décision de la SPR a été rendue le 12 novembre 2021. Environ quatre mois plus tard, le 29 mars 2022, la Cour d’appel fédérale a rendu l’arrêt *Camayo* qui, selon elle, a été la première occasion de traiter un cas de perte d’asile, depuis la décision *Vavilov* de la Cour suprême.

[25] Dans l’arrêt *Camayo*, la Cour d’appel fédérale a réaffirmé le critère énoncé dans le Guide du HCR. Ce

three-part test of voluntariness, intention to reavail and actual reavailing set out in the UNHCR Handbook to determine whether cessation has occurred; it also reaffirmed the principle found in the UNHCR Handbook that “there is a presumption that refugees who acquire and travel on passports issued by their country of nationality to travel to that country or to a third country have intended to avail themselves of the protection of their country of nationality” (*Camayo*, at paragraph 63; *Abadi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 29 (*Abadi*), at paragraph 16; *Mayell v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 139 (*Mayell*), at paragraph 12).

[26] Before me, Mr. Ahmad concedes that the application for and receipt of his Pakistani passport, as well as his travels to Pakistan, were voluntary. Therefore, the first aspect of the test for reavailing has been satisfied.

[27] As stated earlier, the determinative issue in this case relates to the second aspect of the test on reavailing, *to wit*, the establishment of the subjective element of intent to reavail. The parties have raised two components inherent in the assessment of the element of intent, the first being the strength of the presumption that may exist favouring a finding of reavailing, and the second being the factors to which a decision maker should have regard in the assessment of whether the presumption has been rebutted.

[28] On that issue, Mr. Ahmad concedes that while applying for a passport from Pakistan may create, in law, a presumption of reavailing on his part, this presumption is easily rebutted; he argues that a conclusion on cessation of refugee protection requires proof of a refugee’s intention to reavail before physical presence in a country will negate refugee status, which in essence implies a heavy

critère, par lequel elle n’était pas nécessairement liée et qui permettait de déterminer s’il y avait eu perte d’asile, comporte trois volets qui sont la volonté, l’intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d’origine et le fait de se réclamer effectivement de nouveau de cette protection. Elle a aussi réaffirmé le principe contenu dans le Guide du HCR voulant qu’« il existe une présomption selon laquelle les réfugiés qui acquièrent des passeports délivrés par leur pays de nationalité et les utilisent pour se rendre dans ce pays ou dans un pays tiers ont eu l’intention de se réclamer de la protection de leur pays de nationalité » (*Camayo*, au paragraphe 63; *Abadi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 29 (*Abadi*), au paragraphe 16; *Mayell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 139 (*Mayell*), au paragraphe 12).

[26] Devant la Cour, M. Ahmad a admis que la demande et l’obtention de son passeport pakistanais, ainsi que ses voyages au Pakistan, étaient volontaires. Par conséquent, le premier volet du critère relatif au fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d’origine a été rempli.

[27] Comme je l’ai mentionné plus tôt, la question déterminante en l’espèce porte sur le deuxième volet du critère relatif au fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d’origine, à savoir l’établissement de l’élément subjectif de l’intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d’origine. Les parties ont soulevé deux éléments inhérents à l’évaluation de l’élément de l’intention, le premier étant la force de la présomption, qui pourrait exister en faveur d’une conclusion concernant le fait que le demandeur s’est réclamé de nouveau de la protection de son pays d’origine, et le deuxième étant les facteurs qu’un décideur devrait prendre en considération au moment d’évaluer si la présomption a été réfutée.

[28] Sur cette question, M. Ahmad admet que, bien que la demande d’un passeport du Pakistan puisse créer, en droit, la présomption selon laquelle il s’est réclamé de nouveau de la protection de son pays d’origine, cette présomption est facilement réfutée. Il affirme qu’une conclusion de perte d’asile exige la preuve de l’intention d’un réfugié de se réclamer de nouveau de la protection

burden on the Minister to establish. Thus, evidence limited to the acquisition and use of a passport from a refugee's country of origin cannot, by itself, be interpreted as creating a strong presumption in favour of the intention to reavail, and that "a temporary visit by a refugee to the country where persecution was feared without an intention to permanently reside there should not result in the loss of refugee status" (*Camargo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1434 (*Camargo*), at paragraph 35; *Abawaji v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1065 (*Abawaji*), at paragraph 15; *Chitsinde v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2021 FC 1066 (*Chitsinde*), at paragraph 39).

[29] I cannot agree with Mr. Ahmad. The presumption that is created when a refugee acquires a passport issued by their country of nationality and travels to that country is, in fact, a factual presumption in favour of the subjective element of intent to reavail. That presumption is of course rebuttable (*Mayell*, at paragraph 12), however compelling the Minister to establish the subjective element of intent in addition to benefiting from the presumption makes little sense. In any event, it should be kept in mind that *Camargo*, *Abawaji* and *Chitsinde* all involved claims for refugee protection, and the issue was not whether the applicants had reavailed themselves of the protection of their countries after obtaining refugee protection, but rather whether their return to their countries of nationality—the countries of the feared persecution—prior to coming to Canada to claim refugee protection was conduct inconsistent with that of persons who fear persecution. Here, both the context and issue are very different.

[30] The presumption has been characterized as "particularly strong" when the refugee has traveled to their country of nationality on the strength of the passport

de son pays d'origine avant que sa présence effective dans un pays n'annule son statut de réfugié, ce qui implique essentiellement un lourd fardeau pour le ministre à qui il incomberait d'en faire la preuve. Ainsi, les éléments de preuve qui se limitent à l'obtention et à l'utilisation d'un passeport provenant du pays d'origine d'un réfugié ne peuvent pas, à eux seuls, être interprétés de façon à créer une forte présomption en faveur de l'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine et « un séjour temporaire par un réfugié dans le pays où il craint la persécution, alors qu'il n'a pas l'intention d'y établir sa résidence permanente, ne devrait pas impliquer la perte du statut de réfugié » (*Camargo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1434 (*Camargo*), au paragraphe 35; *Abawaji c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1065 (*Abawaji*), au paragraphe 15; *Chitsinde c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2021 CF 1066 (*Chitsinde*), au paragraphe 39).

[29] Je ne peux être d'accord avec M. Ahmad. La présomption qui est créée lorsqu'un réfugié obtient un passeport délivré par le pays dont il a la nationalité et qu'il se rend dans ce pays est, en fait, une présomption factuelle en faveur de l'élément subjectif de l'intention de se réclamer de nouveau de la protection de ce pays. Cette présomption est bien évidemment réfutable (*Mayell*, au paragraphe 12). Il n'est toutefois pas très logique d'enjoindre au ministre de déterminer l'élément subjectif de l'intention, en plus de tirer parti de la présomption. Quoi qu'il en soit, il faut garder à l'esprit que les décisions *Camargo*, *Abawaji* et *Chitsinde* concernaient toutes des demandes d'asile et la question n'était pas de savoir si les demandeurs s'étaient réclamés de la protection de leur pays, après avoir obtenu l'asile, mais plutôt si leur retour dans le pays dont ils avaient la nationalité — le pays dans lequel ils craignaient d'être persécutés — avant de venir au Canada pour faire une demande d'asile, correspondait à un comportement incompatible avec celui de personnes craignant d'être persécutées. En l'espèce, tant le contexte que la question sont très différents.

[30] La présomption est qualifiée de « particulièrement forte » dans le cas où le réfugié voyage dans le pays dont il a la nationalité en utilisant le passeport délivré par ce

issued by that country: In *Abadi*, Mr. Justice Fothergill stated [at paragraphs 16–17]:

In my view, the RPD properly applied the test for re-avilment and reasonably found that Mr. Shamsi had failed to rebut the presumption that he intended to re-avail himself of Iran's protection by acquiring an Iranian passport and travelling to that country. When a refugee applies for and obtains a passport from his country of nationality, it is presumed that he intended to re-avail himself of the diplomatic protection of that country (*Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees* at para 121 [Refugee Handbook]; *Nsende v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 531 at para 14). The presumption of re-avilment is particularly strong where a refugee uses his national passport to travel to his country of nationality. It has even been suggested that this is conclusive (Guy Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3rd ed., at page 136).

However, the prevailing view is that the presumption of re-avilment may be rebutted with evidence to the contrary (Refugee Handbook at para 122). The onus is on the refugee to adduce sufficient evidence to rebut the presumption (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v Nilam*, 2015 FC 1154 at para 26 [Nilam], citing *Li v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 459 at para 42). [Emphasis added.]

(See also *Seid v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 1167 (*Seid*), at paragraph 14; *Hamid v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2022 FC 1541 (*Hamid*), at paragraph 15.)

[31] In *Camayo*, the Federal Court of Appeal stated the following [at paragraphs 63 and 65]:

As noted earlier, there is a presumption that refugees who acquire and travel on passports issued by their country of nationality to travel to that country or to a third country have intended to avail themselves of the protection of their country of nationality. This is because passports entitle the holder to travel under the protection of

pays. Dans la décision *Abadi*, le juge Fothergill a déclaré ceci [aux paragraphes 16, 17] :

À mon sens, la SPR a appliqué correctement le critère relatif au point de savoir si l'on s'est réclamé à nouveau de la protection du pays de sa nationalité, et c'est de manière raisonnable qu'elle a conclu que M. Shamsi n'avait pas réfuté la présomption voulant qu'il eût l'intention de se réclamer à nouveau de la protection de l'Iran en se faisant délivrer un passeport iranien et en se rendant dans ce pays. Le réfugié qui demande et obtient un passeport du pays dont il a la nationalité est présupposé avoir eu l'intention de se réclamer à nouveau de la protection diplomatique de ce pays; voir *Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, au paragraphe 121 [le Guide relatif aux réfugiés]; et *Nsende c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 531, au paragraphe 14). La présomption que le réfugié se réclame à nouveau de la protection du pays dont il a la nationalité est particulièrement forte dans le cas où il utilise son passeport national pour se rendre dans ce pays. Selon certains juristes, ce fait rendrait même la présomption irréfutable; voir Guy Goodwin-Gill et Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3^e édition, à la page 136.

Cependant, l'opinion dominante est que la présomption susdite peut être réfutée par une preuve contraire; voir le *Guide relatif aux réfugiés*, au paragraphe 122. La charge pèse sur le réfugié de produire des éléments de preuve qui suffisent à cette réfutation; voir *Canada (Citoyenneté et Immigration) c Nilam*, 2015 CF 1154, au paragraphe 26 [Nilam], où l'on cite le paragraphe 42 de *Li c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 459. [Non souligné dans l'original.]

(Voir aussi *Seid c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 1167 (*Seid*), au paragraphe 14; *Hamid c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2022 CF 1541 (*Hamid*), au paragraphe 15.)

[31] Dans l'arrêt *Camayo*, la Cour d'appel fédérale a déclaré ce qui suit [aux paragraphes 63 et 65] :

Comme je l'ai mentionné précédemment, il existe une présomption selon laquelle les réfugiés qui acquièrent des passeports délivrés par leur pays de nationalité et les utilisent pour se rendre dans ce pays ou dans un pays tiers ont eu l'intention de se réclamer de la protection de leur pays de nationalité. En effet, le passeport permet à son

the issuing country. This presumption is even stronger where refugees return to their country of nationality, as they are not only placing themselves under diplomatic protection while travelling, they are also entrusting their safety to governmental authorities upon their arrival.

...

Constraining case law from the Federal Court, suggests, however, that the presumption is a rebuttable one. The onus is on the refugee to adduce sufficient evidence to rebut the presumption of reavailment: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Nilam*, 2015 FC 1154 at paragraph 26; *Li v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 459, 479 F.T.R. 22, at paragraph 42. [Emphasis added.]

[32] It seems to me that if travel to a refugee's country of nationality on the strength of a passport issued by that country renders the presumption of reavailment "even stronger", the presumption of reavailment was already strong when the refugee simply acquired and travelled with the passport. As stated by Justice Barnes in *Ortiz Garcia v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1346 [*Ortiz*], "[r]eavailment typically suggests an absence of risk or a lack of subjective fear of persecution. Absent compelling reasons, people do not abandon safe havens to return to places where their personal safety is in jeopardy": at paragraph 8 (cited with approval in *Camayo*, at paragraph 64).

[33] That said, as the presumption is rebuttable, it comes down to the number of shekels, minas and talents needed to tip the historic scales. The issue was well articulated by Justice O'Reilly in *Li*, where he stated [at paragraphs 39 and 42–43]:

The presumption of re-availment is a factual presumption. Proof that someone obtained a passport creates a presumption that the person re-availed himself or herself of the protection of the issuing state. However, as mentioned, it is not the classification of the presumption that

titulaire de voyager sous la protection du pays qui l'a délivré. Cette présomption est encore plus forte lorsque les réfugiés retournent dans leur pays de nationalité, car non seulement ils se placent sous la protection diplomatique pendant leur voyage, mais ils confient également leur sécurité aux autorités gouvernementales à leur arrivée.

[...]

La jurisprudence contraignante de la Cour fédérale indique toutefois que la présomption est réfutable. Il incombe au réfugié de produire une preuve suffisante pour réfuter la présomption selon laquelle il s'est réclamé de nouveau de la protection de son pays d'origine (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Nilam*, 2015 CF 1154, au paragraphe 26; *Li c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 459, au paragraphe 42). [Non souligné dans l'original.]

[32] À mon avis, si le fait pour un réfugié de se rendre dans le pays dont il a la nationalité sous le couvert d'un passeport délivré par ce même pays rend la présomption, selon laquelle il s'est réclamé de nouveau de la protection de son pays d'origine, « encore plus forte », cette présomption était déjà forte lorsque le réfugié avait simplement obtenu le passeport et voyagé avec celui-ci. Comme l'a déclaré le juge Barnes dans la décision *Ortiz Garcia c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1346 (*Ortiz*), « [u]ne nouvelle réclamation de la protection de l'État tend habituellement à indiquer une absence de risque ou une absence de crainte subjective de persécution. En l'absence de motifs impérieux, les gens n'abandonnent pas des refuges pour retourner dans des endroits où leur sécurité personnelle est menacée » : au paragraphe 8 (jugement cité avec approbation dans l'arrêt *Camayo*, au paragraphe 64).

[33] Cela dit, la présomption étant réfutable, tout dépend de la quantité d'éléments de preuve qui est nécessaire pour faire pencher la balance d'une façon inédite. Dans la décision *Li*, le juge O'Reilly a bien formulé la question de la manière suivante [aux paragraphes 39, 42 et 43] :

La présomption selon laquelle une personne s'est réclamée à nouveau de la protection de son pays d'origine est de nature factuelle. La preuve qu'une personne a obtenu un passeport crée une présomption selon laquelle cette personne s'est réclamée à nouveau de la protection de

really matters. The real question relates to the quantum of evidence required to defeat it.

...

The Minister has the burden of proving re-availment on the balance of probabilities. In doing so, the Minister is entitled to rely on the presumption of re-availment by proving that the refugee obtained or renewed a passport from his or her country of origin. Once that has been proved, the refugee has the burden of showing that that he or she did not actually seek re-availment. As stated in the UNHCR Handbook, where there is proof that a refugee has obtained or renewed a passport “[i]t will, in the absence of proof to the contrary, be presumed that he intends to avail himself of the protection of the country of his nationality” (para 121).

Mr Li relies on a statement in a legal article on cessation in which the authors state that the “benefit of the doubt must be given to the refugee, as is consistent with the restrictive interpretation appropriate to the cessation clauses” (Joan Fitzpatrick and Rafael Bonoan, “Cessation of Refugee Protection” in Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson, eds, *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection* (New York: Cambridge University Press, 2003) 491 at 525). However, just above that statement, the authors actually cite the UNHCR Handbook which clearly places a legal burden on refugees to rebut the presumption of re-availment on a balance of probabilities. In that context, I take the authors to mean that refugees should be given the benefit of the doubt as to whether they have rebutted the presumption. They do not say that refugees merely have to raise a doubt about re-availment. [Emphasis added.]

[34] In the determination of whether there existed “sufficient evidence to rebut the presumption of re-availment” it was incumbent on the RPD to have carried out an individualized assessment of all of the evidence before it, including the evidence adduced by Mr. Ahmad as to his subjective intent, in determining whether the

l’État qui lui a délivré son passeport. Cependant, comme il a été mentionné ci-dessus, ce n’est pas la classification de la présomption qui compte réellement. La véritable question a trait à la quantité d’éléments de preuve qui sont requis afin de réfuter ladite présomption.

[...]

Il incombe au ministre de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la personne s’est réclamée à nouveau de la protection de son pays d’origine. Pour ce faire, il est loisible au ministre de se fonder sur cette présomption en établissant que le réfugié a obtenu ou renouvelé un passeport de son pays d’origine. Une fois que cela a été établi, il incombe au réfugié de montrer qu’il ne cherchait pas réellement à se réclamer de la protection de son pays d’origine. Comme il ressort du Guide du HCR, s’il existe une preuve qu’un réfugié a obtenu ou renouvelé un passeport « il sera présumé, en l’absence d’éléments de preuve contraires, avoir voulu se réclamer à nouveau de la protection du pays dont il a la nationalité » (paragraphe 121).

M. Li se fonde sur une déclaration d’un article juridique sur le constat de perte de l’asile dans lequel les auteurs écrivent : [TRADUCTION] « il convient d’accorder le bénéfice du doute au réfugié, car cela concorde avec l’interprétation stricte à donner aux dispositions relatives à la perte de l’asile » (Joan Fitzpatrick et Rafael Bonoan, « Cessation of Refugee Protection » dans l’ouvrage commun d’Erika Feller, Volker Türk et Frances Nicholson, *Refugee Protection in International Law : UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, New York : Cambridge University Press, 2003, aux pages 491 à 525). Cependant, au-dessus de cette déclaration, les auteurs citent en fait le Guide du HCR, qui fait manifestement peser sur les réfugiés le fardeau juridique de réfuter, selon la prépondérance des probabilités, la présomption qu’ils se sont réclamés à nouveau de la protection de leur pays d’origine. Dans ce contexte, je considère que les auteurs veulent dire qu’il y a lieu d’accorder aux réfugiés le bénéfice du doute quant à savoir s’ils ont réfuté la présomption. Les auteurs ne disent pas que les réfugiés ont simplement à soulever un doute quant au fait qu’ils se sont réclamés à nouveau de la protection de leur pays d’origine. [Non souligné dans l’original.]

[34] Pour déterminer s’il existait « une preuve suffisante pour réfuter la présomption selon laquelle il s’est réclamé de nouveau de la protection de son pays d’origine », il incombait à la SPR de procéder à une évaluation individualisée de tous les éléments de preuve dont elle disposait, y compris les éléments de preuve produits

presumption of reavailment has been rebutted in this case (*Camayo*, at paragraphs 65 and 66).

[35] As to the factors to which a decision maker should have regard in dealing with cessation cases, I must agree with Madam Justice Go in *Hamid* that the effect of the Federal Court of Appeal's decision in *Camayo* was to introduce a series of factors (at paragraph 84) to which the RPD should have regard—beyond simply determining whether the circumstances necessitating the travel were exceptional (see *Seid v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 1167 [cited above], at paragraph 20; *Abadi*, at paragraph 18)—when considering and balancing the evidence in order to determine whether the presumption of reavailment has been rebutted. It follows that other elements of the evidence should then be assessed and weighed by the RPD so as to arrive at a final determination on which side of the reavailment analysis the scales fall, with the onus, here, being on Mr. Ahmad to convince the RPD, on the balance of probabilities, that he did not intend to reavail himself of the protection of Pakistan once his acquisition of his Pakistani passport and his travels back to Pakistan were put into evidence.

[36] Mr. Ahmad asserts that the RPD failed to conduct any meaningful assessment of his central arguments in relation to whether he intended to reavail himself of Pakistan's diplomatic protection. Before the RPD, Mr. Ahmad argued that the risk he would face during a short, temporary stay in Pakistan would likely be much lower than the risk presented by the imam that a permanent return to that country would carry. Mr. Ahmad states that he weighed in his mind this lower risk against the reasons for his travel, which Mr. Ahmad states were important reasons that required his presence in Pakistan. Mr. Ahmad asserts, in essence, that he never stopped fearing his agent of persecution, however, the threat posed by this non-state actor and his subjective level of fear of persecution had to be assessed in context; the

par M. Ahmad quant à son intention subjective, pour déterminer si la présomption selon laquelle il s'était réclamé de nouveau de la protection de son pays de nationalité a été réfutée en l'espèce (*Camayo*, aux paragraphes 65 et 66).

[35] Quant aux facteurs qu'un décideur devrait prendre en considération lorsqu'il traite de cas de perte d'asile, je suis d'accord avec la juge Go, dans la décision *Hamid*, pour dire que l'arrêt *Camayo* de la Cour d'appel fédérale a eu pour effet de présenter une série de facteurs (au paragraphe 84) que la SPR devrait prendre en considération — qui vont au-delà de déterminer simplement si les circonstances, qui ont nécessité le voyage, étaient exceptionnelles (voir les décisions *Seid c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 1167 [précitée], au paragraphe 20; *Abadi*, au paragraphe 18) — au moment d'examiner et de pondérer les éléments de preuve, afin d'établir si la présomption d'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine a été réfutée. Il s'ensuit que la SPR devrait alors évaluer et pondérer d'autres éléments de preuve pour décider, de manière définitive, de quel côté de l'analyse touchant le fait de se réclamer de la protection de son pays d'origine la balance penche, M. Ahmad ayant le fardeau de convaincre la SPR, selon la prépondérance des probabilités, qu'il n'avait pas l'intention de se réclamer de la protection du Pakistan, une fois que l'obtention de son passeport pakistanais et que ses voyages de retour au Pakistan ont été produits en preuve.

[36] M. Ahmad affirme que la SPR n'a pas procédé à une évaluation valable de ses principaux arguments concernant la question de savoir s'il avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection diplomatique du Pakistan. Devant la SPR, M. Ahmad a soutenu que le risque auquel il était exposé au cours d'un bref séjour temporaire au Pakistan était probablement beaucoup plus faible que le risque que l'imam présenterait s'il retournait dans ce pays de façon permanente. M. Ahmad affirme que, dans son esprit, ce risque était plus faible par rapport aux motifs importants de son voyage qui, selon lui, nécessitaient sa présence au Pakistan. En substance, M. Ahmad fait valoir qu'il n'a jamais cessé de craindre son agent de persécution. Cependant, la menace que représentait cet acteur non étatique et le niveau

threat from the imam was tethered to Mr. Ahmad remaining in his village and continuing to pursue his religious beliefs in the manner that he pursued them prior to fleeing the country in 2005—a determination that would have been easily arrived at, argues Mr. Ahmad, had the RPD reviewed the decision that had granted him refugee protection in the first place. Once he was granted refugee protection in Canada, the threat posed by the imam abated because Mr. Ahmad no longer posed a threat to him and his teachings back in Pakistan. However, such a threat would surely resurface, he argues, if he was to return to his village for a prolonged period of time. In short, Mr. Ahmad submitted that the fact that the agent of persecution was rid of Mr. Ahmad had calmed the waters, and Mr. Ahmad no longer felt the same degree of risk if he returned to his area for short periods of time and, in essence, kept his head down while he was there.

[37] In addition, Mr. Ahmad claims that with each trip, he was reasonably emboldened to continue to take the risk of returning to his country of nationality, but only when it was necessary. Therefore, he argues, any assessment of his subjective intention to reavail himself of the protection of Pakistan had to take into account his level of perceived risk where he was only to remain in the village for a short period of time while taking precautions to remain clear of his agent of persecution, as weighed against his determination as to the necessity of returning to Pakistan; however, the RPD failed to do just that.

[38] I must agree with Mr. Ahmad.

[39] The RPD, in its assessment of Mr. Ahmad's subjective intention to reavail himself of the protection of Pakistan, began its analysis with the presumption created by Mr. Ahmad's acquisition of his Pakistani passport and his travels to Pakistan; that is fair enough. However, what followed is troubling.

[40] The RPD proceeded to acknowledge that a simple Canadian travel document would not have allowed

subjectif de crainte de persécution devaient être évalués en contexte. La menace posée par l'imam se rattachait à une situation où M. Ahmad demeurait dans son village et continuait à défendre ses croyances religieuses de la façon dont il les défendait avant de fuir le pays en 2005; une conclusion qu'il aurait été facile de tirer, selon ce qu'affirme M. Ahmad, si la SPR avait examiné la décision par laquelle il a obtenu l'asile en premier lieu. Une fois qu'il a obtenu l'asile au Canada, la menace posée par l'imam a diminué, étant donné que pour ce dernier et ses enseignements, M. Ahmad ne représentait plus une menace, comme cela était auparavant le cas au Pakistan. Cependant, il affirme que cette menace réémergerait certainement, s'il retournait dans son village pendant une période prolongée. En bref, M. Ahmad prétend que le calme est revenu depuis que l'agent de persécution est débarrassé de M. Ahmad, que le degré de risque qu'il percevrait, s'il retournait dans sa région pendant de courtes périodes, ne serait plus le même et, en substance, qu'il faisait profil bas lorsqu'il se trouvait là-bas.

[37] De plus, M. Ahmad allègue qu'à chaque voyage, il s'enhardissait raisonnablement pour continuer à prendre le risque de retourner dans le pays dont il a la nationalité, mais uniquement lorsque cela était nécessaire. Par conséquent, il soutient que toute évaluation de son intention subjective de se réclamer de nouveau de la protection du Pakistan devait tenir compte de son degré de risque perçu, sachant qu'il ne devait rester dans le village que pendant une courte période, tout en prenant les précautions nécessaires pour se tenir à l'écart de son agent de persécution, par rapport à sa décision quant à la nécessité de retourner au Pakistan. Cependant, la SPR a simplement omis de le faire.

[38] Je suis d'accord avec M. Ahmad.

[39] La SPR, en évaluant l'intention subjective de M. Ahmad de se réclamer de nouveau de la protection du Pakistan, a commencé son analyse par la présomption créée par l'obtention par M. Ahmad de son passeport pakistanais et par ses voyages au Pakistan. Je comprends. Cependant, ce qui s'est passé par la suite ne tient pas.

[40] La SPR a ensuite mentionné qu'un simple titre de voyage canadien n'aurait pas autorisé M. Ahmad

Mr. Ahmad to travel to Pakistan, and noted Mr. Ahmad's assertion that he obtained and renewed his passport as a tool to travel and protect his family. However, the RPD did not assess in any way the reasonableness of Mr. Ahmad's claim as to the reason why he acquired the passport; rather, the RPD simply stated that if Mr. Ahmad had truly needed to protect his family, the RPD would have expected him to have travelled to Pakistan more than only 5 times in 13 years. I find the RPD's analysis unintelligible and calls for sheer speculation, especially where additional travel to Pakistan may well have strengthened the argument in favour of reavailing. The RPD failed to address the reason why Mr. Ahmad had only travelled to Pakistan five times since obtaining permanent residence in Canada, an issue that I would have expected would be relevant in the determination of his subjective intent to reavail. Mr. Ahmad asserted that he needed the passport to be able to travel to Pakistan to act as the male protector of his family when the situation required it; that assertion was never tested by the RPD. The RPD then acknowledged that Mr. Ahmad did make some effort not to be found by his agent of persecution, but no more than minimal effort at best.

[41] The RPD also discounted Mr. Ahmad's assertion that the administrative delays in the processing of his family's immigrant visas, which prevented him from reuniting with his family in a timely fashion, justified his return to Pakistan; the RPD found there to be no evidence on the issue—which was only addressed indirectly in his affidavit—and faulted Mr. Ahmad for not having applied to bring his family to Canada at an earlier stage.

[42] However, the presumption of reavailing is a rebuttable one, and it seems to me that the key to the assessment of the reasonableness of the RPD's finding on intent is whether it engaged with the evidence that arguably went to possibly defeating that presumption. I do not see that it did. In *Ortiz Garcia v. Canada*

à voyager au Pakistan et elle a noté l'affirmation de M. Ahmad selon laquelle il a obtenu et renouvelé son passeport pour s'en servir comme moyen de voyager et de protéger sa famille. Cependant, la SPR n'a d'aucune façon évalué le caractère raisonnable de l'allégation de M. Ahmad quant à la raison pour laquelle il a obtenu le passeport. La SPR a plutôt simplement déclaré que, si M. Ahmad avait dû réellement protéger sa famille, elle se serait attendue à ce qu'en 13 ans, il se rende au Pakistan plus que 5 fois seulement. J'estime que l'analyse de la SPR est inintelligible et qu'elle fait appel à de la pure spéculation, surtout qu'il se peut très bien que d'autres voyages au Pakistan aient renforcé l'argument en faveur de l'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine. La SPR a omis de traiter la raison pour laquelle, depuis qu'il avait obtenu la résidence permanente au Canada, M. Ahmad ne s'était rendu au Pakistan que cinq fois. Je me serais attendu à ce que cette question soit pertinente pour déterminer son intention subjective de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine. M. Ahmad a affirmé qu'il avait besoin du passeport pour pouvoir voyager au Pakistan afin de jouer le rôle d'homme protecteur de sa famille lorsque la situation l'exigeait. La SPR n'a jamais vérifié cette affirmation. La SPR a ensuite reconnu que M. Ahmad a déployé des efforts pour éviter que son agent de persécution ne le retrouve, mais ces efforts ont été tout au plus minimes.

[41] La SPR n'a pas non plus tenu compte de l'affirmation de M. Ahmad, selon laquelle les retards administratifs liés au traitement des visas d'immigrant de sa famille, qui l'empêchaient de retrouver rapidement sa famille, justifiaient son retour au Pakistan. La SPR a conclu à l'absence d'élément de preuve sur la question — qui n'a été traitée qu'indirectement dans l'affidavit de M. Ahmad — et a reproché à ce dernier de ne pas avoir soumis plus tôt une demande pour faire venir sa famille au Canada.

[42] Cependant, la présomption d'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine est réfutable et, à mon avis, pour évaluer le caractère raisonnable de la conclusion de la SPR quant à l'intention, il est essentiel de se demander si elle a tenu compte des éléments de preuve qui auraient vraisemblablement

(*Citizenship and Immigration*), 2011 FC 1346 [cited above], Mr. Justice Barnes observed, at paragraph 8, that “[r]eavailment typically suggests an absence of risk or a lack of subjective fear of persecution.” At no point in the assessment of Mr. Ahmad’s subjective intent to reavail did the RPD address the principal argument that he made, *to wit*, that the assessment of his intent to reavail himself of the diplomatic protection of Pakistan had to take into account his perceived level of risk or fear of persecution within the context of the circumstances of his return to his country. As stated by the Federal Court of Appeal in *Camayo*, at paragraph 71, “without this analysis, the RPD’s conclusion on reavailment was not a defensible outcome based on the constraining facts and law”.

[43] I am not suggesting that the RPD was bound to accept Mr. Ahmad’s assertions on the issue of subjective intent or that his evidence constituted sufficient shekels, minas and talents to overcome the presumption created by his acquiring his Pakistani passport and using it to travel to Pakistan; I say only that the assertions should have been addressed and assessed, as they spoke to the issue of Mr. Ahmad’s subjective intent to reavail. The focus throughout the analysis of a cessation case should be on whether the refugee’s conduct—and the inferences that can be drawn from it—can reliably indicate that the refugee intended to waive the protection of the country of asylum (*Camayo*, at paragraph 83). I need not reproduce the non-exhaustive factors set out in *Camayo* to which the RPD should have had regard, but I will mention that engagement with the specific submissions of the respondent addressing his or her subjective intent to reavail and the nature of the agent of persecution—regardless of whether or not the agent of persecution is a non-state actor—feature prominently as part of those factors.

amené à réfuter cette présomption. J’estime qu’elle ne l’a pas fait. Dans la décision *Ortiz*, le juge Barnes a fait observer, au paragraphe 8, qu’« [u]ne nouvelle réclamation de la protection de l’État tend habituellement à indiquer une absence de risque ou une absence de crainte subjective de persécution ». À aucun moment, durant l’évaluation de l’intention subjective de M. Ahmad de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d’origine, la SPR n’a examiné l’argument principal qu’il a formulé, à savoir que l’évaluation de son intention de se réclamer de nouveau de la protection diplomatique du Pakistan devait tenir compte de son niveau de risque ou de crainte de persécution perçu, dans le contexte des circonstances de son retour dans son pays. Comme l’a indiqué la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Camayo*, au paragraphe 71, « sans cette analyse, la conclusion de la SPR sur le fait de se réclamer de nouveau de la protection du pays de nationalité n’était pas un résultat défendable compte tenu des contraintes factuelles et juridiques ».

[43] Je ne prétends pas que la SPR était tenue d’accepter les affirmations de M. Ahmad quant à la question de l’intention subjective ou que ses éléments de preuve étaient suffisants pour réfuter la présomption créée par l’obtention de son passeport pakistanais et par l’utilisation de celui-ci pour voyager au Pakistan. Je dis seulement que les affirmations auraient dû être examinées et évaluées, étant donné qu’elles portaient sur la question de l’intention subjective de M. Ahmad de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d’origine. Tout au long de l’analyse d’un cas de perte d’asile, l’accent doit être mis sur la question de savoir si le comportement du réfugié, ainsi que les déductions qui peuvent en être tirées, peut indiquer de manière fiable que le réfugié avait l’intention de renoncer à la protection du pays d’asile (*Camayo*, au paragraphe 83). Je n’ai pas besoin de reproduire la liste non exhaustive des facteurs énoncés dans l’arrêt *Camayo* que la SPR doit prendre en considération, mais je mentionnerai que le fait de tenir compte des observations précises du défendeur, qui portent sur l’intention subjective de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d’origine, et de la nature de l’agent de persécution, qu’il soit ou non un acteur non étatique, fait partie de ces facteurs qui occupent une place prédominante.

[44] As stated earlier, and in all fairness, *Camayo* was issued after the RPD rendered the decision that is the subject of the present application. However, I find that by repeatedly asking Mr. Ahmad to demonstrate that his presence in Pakistan was absolutely necessary, the RPD did exactly what the Court in *Camayo* sought to prevent with regard to the assessment of subjective intent—namely, it failed to consider how compelling Mr. Ahmad’s reasons were from his own perspective. I find that the RPD, faced with Mr. Ahmad’s argument that every decision to go back to Pakistan was the result of him being of the opinion that the reasons to do so were compelling enough that they outweighed the risk of being harmed by his agent of persecution, had the obligation to assess the significance of these reasons and their impact on the issue of Mr. Ahmad’s intention to reavail himself of the protection of Pakistan. As stated in *Camayo* at paragraph 71: “without this analysis, the RPD’s conclusion on reavailment was not a defensible outcome based on the constraining facts and law, and that it was thus unreasonable: *Cerna v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1074, at paragraphs 18–19; *Mayell v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 139, at paragraphs 17–19.”

[45] Finally, I find that the RPD made unreasonable credibility findings that also prevented it from properly assessing the purpose of Mr. Ahmad’s travels and his related intent to reavail, if any. Regarding Mr. Ahmad’s family’s immigration process, the RPD found as follows [at paragraphs 40–42]:

Regarding the argument that the administrative delay in being reunited with his family in Canada justified the Respondent’s return to Pakistan and as such cannot be considered evidence of an intention to reavail, no evidence on this subject was adduced during the hearing and it was addressed only indirectly in the Respondent’s affidavit.

[44] Comme je l’ai mentionné précédemment, et en toute justice, l’arrêt *Camayo* a été rendu après le prononcé de la décision de la SPR qui fait l’objet de la présente demande. Cependant, j’estime qu’en demandant à maintes reprises à M. Ahmad de démontrer que sa présence au Pakistan était absolument nécessaire, la SPR a fait exactement ce que la Cour, dans l’arrêt *Camayo*, a cherché à éviter relativement à l’évaluation de l’intention subjective, à savoir qu’elle a omis d’examiner dans quelle mesure les motifs de M. Ahmad étaient, du point de vue de celui-ci, impérieux. J’estime que la SPR, au vu de l’argument de M. Ahmad, selon lequel chaque décision de retourner au Pakistan émanait du fait qu’il était d’avis que les motifs y afférents étaient suffisamment impérieux pour l’emporter sur le risque de subir un préjudice de la part de son agent de persécution, avait l’obligation d’évaluer l’importance de ces motifs et leur incidence sur la question de l’intention de M. Ahmad de se réclamer de nouveau de la protection du Pakistan. Comme cela est indiqué dans l’arrêt *Camayo*, au paragraphe 71 : « sans cette analyse, la conclusion de la SPR sur le fait de se réclamer de nouveau de la protection du pays de nationalité n’était pas un résultat défendable compte tenu des contraintes factuelles et juridiques, et [...] elle était donc déraisonnable (*Cerna c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1074, aux paragraphes 18 et 19; *Mayell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 139, aux paragraphes 17 à 19) ».

[45] Enfin, j’estime que la SPR a tiré des conclusions déraisonnables quant à la crédibilité, qui l’ont aussi empêchée d’évaluer correctement le but des voyages de M. Ahmad et son intention, le cas échéant, afférente aux voyages, de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d’origine. En ce qui concerne le processus d’immigration de la famille de M. Ahmad, la SPR a tiré les conclusions suivantes [aux paragraphes 40 à 42] :

En ce qui concerne l’argument voulant que le retard administratif de la réunification familiale au Canada justifie le retour de l’intimé au Pakistan, lequel ne peut donc pas être considéré comme la preuve d’une intention de se réclamer de nouveau de la protection, aucun élément de preuve à ce sujet n’a été présenté à l’audience et il est mentionné seulement indirectement dans l’affidavit de l’intimé.

I note that the Respondent left his family in Pakistan in or about 2005. He was found to be a Convention refugee in 2006. It was available to him at that time to include his family on his application for permanent residents as family members of a Convention refugee. There is no evidence that he took such action at that time. He was also able to sponsor his family at a later date. Again, there is no evidence of which course of action the Respondent chose in respect of his bringing his family to Canada. There is no information what, if any, issues arose during the processing of the application that might have created delay. However, we do know that at some time prior to his returning to Pakistan in 2012, immigrant visas were issued to his family allowing them to come to Canada.

Delay is inherent in administrative processes, no less immigration. A Convention refugee who fled his country because of persecution would need to accept this reality. Further, if the refugee chose to delay bringing his family to Canada, then he bears part of the responsibility for any delay. That there is delay, does not by itself create special circumstances that merit returning to the place of one's persecution except under exceptional circumstances which are not present in respect of this consideration. [Emphasis added.]

[46] The Minister concedes that the RPD erred in its findings, as Mr. Ahmad specifically mentioned in his affidavit that he applied for permanent residency for his family as soon as he was granted refugee protection. I accept that Mr. Ahmad did not include any independent evidence of such applications in his material before the RPD. However, it seems to me that it was incumbent on the RPD, faced with the specific mention that Mr. Ahmad applied for himself and his family, to address that evidence that directly contradicted its finding, rather than raising issues of credibility. Rather, the RPD found that Mr. Ahmad bore part of the responsibility for the delay in bringing his family to Canada, yet failed to engage with Mr. Ahmad's argument that a Pakistani father's separation from his wife and five children for many years may well create special circumstances that justify returning to his country of nationality when weighed against what may be a reduced sense of risk of being harmed by his agent of persecution.

Je note que l'intimé a laissé sa famille au Pakistan en 2005 ou vers cette année-là. Il a obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention en 2006. Il lui était loisible à ce moment-là d'inclure sa famille sur sa demande de résidence permanente, comme membres de la famille d'un réfugié au sens de la Convention. Rien ne démontre qu'il a pris cette mesure à ce moment-là. Il aurait également pu parrainer sa famille plus tard. Encore une fois, rien ne montre quelle mesure il a prise pour amener sa famille au Canada. Aucune information n'a été fournie concernant un quelconque problème survenu au cours du traitement de la demande qui aurait pu entraîner un retard. Toutefois, nous savons qu'à un certain moment avant le retour de l'intimé au Pakistan en 2012, des visas d'immigrant ont été délivrés aux membres de sa famille, ce qui leur permettait de venir au Canada.

Le retard est inhérent aux processus administratifs, et l'immigration ne fait pas exception. Un réfugié au sens de la Convention qui a fui son pays en raison de la persécution doit accepter cette réalité. De plus, si le demandeur d'asile a choisi de reporter la venue de sa famille au Canada, il est en partie responsable de tout retard. En soi, le retard ne crée pas une situation particulière qui justifie le retour du réfugié là où il a été persécuté, sauf dans des circonstances exceptionnelles, qui n'existent pas dans le cas présent. [Non souligné dans l'original.]

[46] Le ministre admet que la SPR a commis une erreur dans ses conclusions, étant donné que dans son affidavit, M. Ahmad a expressément mentionné qu'il a présenté une demande de résidence permanente pour sa famille dès qu'il a obtenu l'asile. Je reconnais que M. Ahmad n'a pas inclus d'éléments de preuve indépendants de ces demandes dans ses documents présentés à la SPR. Cependant, à mon avis, eu égard à la mention expresse selon laquelle M. Ahmad a présenté une demande pour lui-même et sa famille, il incombait à la SPR d'examiner ces éléments de preuve qui contredisaient directement sa conclusion, plutôt que de soulever des questions sur la crédibilité. La SPR a plutôt conclu que M. Ahmad était en partie responsable du retard lié à l'arrivée de sa famille au Canada. Elle a néanmoins omis d'examiner l'argument de M. Ahmad, selon lequel la séparation d'un père pakistanaï de sa femme et de ses cinq enfants, pendant plusieurs années, peut créer des circonstances spéciales qui justifient son retour dans le pays dont il a la nationalité, lorsqu'elle est examinée en regard de ce qui pourrait constituer une diminution de la perception du risque de subir un préjudice de la part de son agent de persécution.

[47] On the whole, I am satisfied that the RPD's decision was not reasonable. I find that the RPD did not sufficiently engage with Mr. Ahmad's arguments so as to properly assess his subjective intention in line with the teachings of the Federal Court of Appeal in *Camayo*. As such, and as stated by the Federal Court of Appeal: "[t]he failure of a decision maker to 'meaningfully grapple with key issues or central arguments raised by the parties may call into question whether the decision maker was actually alert and sensitive to the matter before it': *Vavilov SCC*, above, at paragraph 128. As a result, 'where reasons are provided but they fail to provide a transparent and intelligible justification ... the decision will be unreasonable': *Vavilov SCC*, above, at paragraph 136" (*Camayo*, at paragraph 49). Here, and as was the case in *Camayo*, the seriousness of the impact of the RPD's decision on Mr. Ahmad increased the duty on the RPD to explain its decision.

[48] The RPD also made credibility findings based on errors of fact that affected its analysis of Mr. Ahmad's intention to reavail himself of the protection of Pakistan. As a result, I find that the RPD's conclusion with regard to the second part of the cessation test, which concerns the intention to reavail, does not display the required level of justification, transparency and intelligibility. Therefore, the RPD's conclusions that Mr. Ahmad did not rebut the presumption of reavailment and that Mr. Ahmad's refugee protection had ceased cannot stand.

[49] Given my findings relating to Mr. Ahmad's intention to reavail, I need not deal with the third aspect of the test, being whether Mr. Ahmad actually reavailed himself of the diplomatic protection of Pakistan. The present application for judicial review should be allowed.

[47] Je conclus que, dans l'ensemble, la décision de la SPR était déraisonnable. Je conclus que la SPR n'a pas suffisamment examiné les arguments de M. Ahmad, afin d'évaluer correctement son intention subjective, conformément à ce que l'arrêt *Camayo* de la Cour d'appel fédérale nous enseigne. À ce titre, et comme l'a déclaré la Cour d'appel fédérale : « [l]e fait qu'un décideur n'ait pas réussi à "s'attaquer de façon significative aux questions clés ou aux arguments principaux formulés par les parties permet de se demander s'il était effectivement attentif et sensible à la question qui lui était soumise" (*Vavilov CSC*, précité, au paragraphe 128). Par conséquent, "si des motifs sont communiqués, mais que ceux-ci ne justifient pas la décision de manière transparente et intelligible [...], la décision sera déraisonnable" (*Vavilov CSC*, précité, au paragraphe 136) » (*Camayo*, au paragraphe 49). En l'espèce, et comme cela fut le cas dans l'arrêt *Camayo*, la gravité des répercussions de la décision de la SPR sur M. Ahmad a renforcé l'obligation de la SPR d'expliquer sa décision.

[48] La SPR a également tiré des conclusions sur la crédibilité en se fondant sur des erreurs de fait qui ont eu une incidence sur son analyse de l'intention de M. Ahmad de se réclamer de nouveau de la protection du Pakistan. Par conséquent, je suis d'avis que la conclusion de la SPR, relativement au deuxième volet du critère de perte d'asile, qui concerne l'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine, ne témoigne pas du niveau requis de justification, de transparence et d'intelligibilité. Les conclusions de la SPR, selon lesquelles M. Ahmad n'a pas réfuté la présomption d'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine et il y avait eu constat de perte d'asile de M. Ahmad, ne peuvent donc pas être retenues.

[49] Compte tenu de mes conclusions relatives à l'intention de M. Ahmad de se réclamer de nouveau de la protection de son pays d'origine, je n'ai pas besoin d'examiner le troisième volet du critère qui est de savoir si M. Ahmad s'est effectivement réclamé de nouveau de la protection diplomatique du Pakistan. La présente demande de contrôle judiciaire doit être accueillie.

JUDGMENT in IMM-8795-21

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is allowed.
2. The Refugee Protection Division's decision dated November 12, 2021, is set aside, and the matter is referred to a differently constituted panel for redetermination.
3. There is no question for certification.

JUGEMENT dans le dossier IMM-8795-21

LA COUR REND LE JUGEMENT suivant :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie.
2. La décision de la Section de la protection des réfugiés, en date du 12 novembre 2021, est annulée et l'affaire est renvoyée à un tribunal différemment constitué pour réexamen.
3. Il n'y a aucune question à certifier.

A-215-20
2022 FCA 210

A-215-20
2022 CAF 210

Innovative Medicines Canada, Abbvie Corporation, Amgen Canada Inc., Astellas Pharma Canada, Inc., Astrazeneca Canada Inc., Bristol-Myers Squibb Canada Co., Eli Lilly Canada Inc., Hoffmann-La Roche Limited, Ipsen Biopharmaceuticals Canada, Inc., Leo Pharma Canada Inc., Lundbeck Canada Inc., Novartis Pharmaceuticals Canada Inc., Novo Nordisk Canada Inc., Otsuka Canada Pharmaceutical Inc., Pfizer Canada ULC, Sanofi-Aventis Canada Inc., and Takeda Canada Inc. (*Appellants*)

Médicaments Novateurs Canada, Corporation Abbvie, Amgen Canada Inc., Astellas Pharma Canada, Inc., Astrazeneca Canada Inc., Bristol-Myers Squibb Canada Co., Eli Lilly Canada Inc., Hoffmann-La Roche Limitée, Ipsen Biopharmaceuticals Canada, Inc., Leo Pharma Canada Inc., Lundbeck Canada Inc., Novartis Pharma Canada Inc., Novo Nordisk Canada Inc., Otsuka Canada Pharmaceutical Inc., Pfizer Canada ULC, Sanofi-Aventis Canada Inc. et Takeda Canada Inc. (*appelantes*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*intimé*)

and

et

Canadian Organization for Rare Disorders (*Intervener*)

L'Organisation canadienne des maladies rares (*intervenante*)

INDEXED AS: INNOVATIVE MEDICINES CANADA v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : MÉDICAMENTS NOVATEURS CANADA c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court of Appeal, Stratas, Woods and Locke JJ.A —By videoconference, February 28 and March 1; Ottawa, December 5, 2022.

Cour d'appel fédérale, juges Stratas, Woods et Locke, J.C.A.—Par vidéoconférence, 28 février et 1^{er} mars; Ottawa, 5 décembre 2022.

Patents — Appeal from Federal Court decision concluding that Governor in Council's decision to enact Regulations Amending the Patented Medicines Regulations (Additional Factors and Information Reporting Requirements), s. 6 (amending regulation) to change list of comparator countries in Patented Medicines Regulations (Regulations) reasonable — As result of amendment, United States, Switzerland dropped from list, six new countries added — Patent Act, s. 101(1) giving Governor in Council power to enact, amend regulations — Appellants submitted that Governor in Council acted unreasonably by choosing certain countries in order to advance agenda or fulfil purpose contrary to s. 85 and the Patent Act — Respondent submitted that list of comparator countries changed to modernize tools used by Board to detect excessive pricing — Federal Court found that enactment of new list not constituting improper form of price control, price regulation — Whether Governor in Council's decision to make amending regulation reasonable — Following Portnov v. Canada (Attorney General) (F.C.A.), amending regulation to be assessed following methodology in Canada (Minister of Citizenship and

Brevets — Appel d'une décision de la Cour fédérale qui a conclu que la décision du gouverneur en conseil d'adopter l'article 6 du Règlement modifiant le Règlement sur les médicaments brevetés (facteurs additionnels et exigences supplémentaires relatives à la fourniture de renseignements) (le règlement modificateur) qui modifie la liste des pays de comparaison contenue à l'annexe du Règlement sur les médicaments brevetés (le Règlement) était raisonnable — À la suite de la modification, les États-Unis et la Suisse ont été retirés de la liste et six nouveaux pays ont été ajoutés — Le paragraphe 101(1) de la Loi sur les brevets donne au gouverneur en conseil le pouvoir de promulguer et de modifier des règlements — Les appelantes ont affirmé que le gouverneur en conseil a agi de manière déraisonnable en choisissant certains pays afin de faire avancer un programme ou de remplir un objectif de manière contraire à l'article 85 et à la Loi sur les brevets — L'intimé a soutenu que la liste des pays de comparaison a été modifiée afin de moderniser les outils que le Conseil utilise pour repérer les prix excessifs — La Cour fédérale a conclu que l'adoption

Immigration) v. Vavilov (S.C.C.) — Decision to make amending regulation reasonable — Based on reasonable interpretation of regulation-making power in s. 101(1) — Authority conferred on Governor in Council therein broad — Supporting change to list of comparator countries — Possible to discern reasoned explanation from Regulatory Impact Analysis Statement — Such statements commonly accepted source of reasons behind decisions made by Governor in Council — Lowering of overall cost of medicines natural consequence of amendments — Important not to confuse motive, policy, politics behind regulation with its pith and substance — Appeal dismissed.

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Federal Court concluding that Governor in Council's decision to enact Regulations Amending the Patented Medicines Regulations (Additional Factors and Information Reporting Requirements), s. 6 (amending regulation) to change list of comparator countries in Patented Medicines Regulations (Regulations) reasonable — As result of amendment, United States, Switzerland dropped from list, six new countries added — Following Portnov v. Canada (Attorney General) (F.C.A.), amending regulation was to be assessed following methodology in Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov (S.C.C.), not Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care) (S.C.C.) — Under Vavilov, challenger not having to overcome presumption decision is reasonable — Under Katz, challenger having to overcome presumption regulation is valid — Presumption overcome only if regulation “irrelevant”, “extraneous” or “completely unrelated” to the “statutory purpose” — Reasonableness review not entering into matter at all — This is “hyperdeferential” test — Vavilov applying to all administrative decisions, including those that make regulations — Regulations, municipal by-laws, orders-in-council, administrative rules, administrative rulings on the merits appearing to be different from each other but only if courts fasten onto differences in form — Vavilov saying this judicial fastening onto differences in form having to stop — While courts should not lightly interfere with decision making by Governor in Council, key is limiting statutory language — Vavilov, not Katz, going straight to that key, focusing on what meanings language of regulation-making power can reasonably bear — Difference between Vavilov, Katz can lead to drastically different results — Preferring Vavilov over Katz about maintaining balance in separation of powers, ensuring that all holders of public powers accountable to law.

d'une liste de onze pays de comparaison ne constituait pas en soi une forme inappropriée de contrôle et de réglementation des prix — Il s'agissait de déterminer si la décision du gouverneur en conseil de prendre le règlement modificateur était raisonnable — Depuis l'arrêt Portnov c. Canada (Procureur général) (C.A.F.), le règlement modificateur doit être évalué en suivant la méthodologie indiquée dans l'arrêt Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov (C.S.C.) — La décision de prendre le règlement modificateur était raisonnable — La décision était fondée sur une interprétation raisonnable du pouvoir de réglementation prévu au paragraphe 101(1) de la Loi sur les brevets — Le pouvoir de réglementation conféré au gouverneur en conseil dans cette disposition est large — Ce pouvoir soutient la modification de la liste des pays de comparaison — Une explication motivée peut être discernée dans le résumé de l'étude d'impact de la réglementation — Les déclarations de ce genre sont une source communément acceptée des motifs des décisions prises par le gouverneur en conseil — La baisse du coût global des médicaments est une conséquence naturelle des modifications — Il est important de ne pas confondre le motif, les fins économiques et la politique qui sous-tendent un règlement avec son caractère véritable — Appel rejeté.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — La Cour fédérale a conclu que la décision du gouverneur en conseil d'adopter l'article 6 du Règlement modifiant le Règlement sur les médicaments brevetés (facteurs additionnels et exigences supplémentaires relatives à la fourniture de renseignements) (le règlement modificateur) qui modifie la liste des pays de comparaison contenue à l'annexe du Règlement sur les médicaments brevetés (le Règlement) était raisonnable — À la suite de la modification, les États-Unis et la Suisse ont été retirés de la liste et six nouveaux pays ont été ajoutés — Depuis l'arrêt Portnov c. Canada (Procureur général) (C.A.F.), le règlement modificateur doit être évalué en suivant la méthodologie indiquée dans l'arrêt Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov (C.S.C.) et non celle de l'arrêt Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée) (C.S.C.) — Selon l'arrêt Vavilov, le contestataire n'a pas à renverser la présomption que la décision est raisonnable — Selon l'arrêt Katz, le contestataire doit renverser la présomption que le règlement est valide — Cette présomption ne peut être renversée que si le règlement repose sur des considérations « sans importance », qu'il est « non pertinent » ou « complètement étranger » à l'« objet de la loi » — L'examen du caractère raisonnable n'entre pas du tout en ligne de compte — Il s'agit d'un critère lié à l'[TRADUCTION] « hyperretenue » — L'arrêt Vavilov s'applique à toutes les décisions administratives, y compris celles qui consistent à prendre des règlements — Les règlements, les règlements municipaux, les décrets, les règles administratives et les décisions administratives sur le fond semblent être différents les uns des autres, mais seulement si l'on s'attache aux différences de forme — Selon l'arrêt Vavilov, il faut mettre fin à cet attachement aux différences de forme —

This was an appeal from a Federal Court decision concluding that the Governor in Council's decision to enact section 6 of the *Regulations Amending the Patented Medicines Regulations (Additional Factors and Information Reporting Requirements)* (amending regulation) to change the list of comparator countries in the Schedule to the *Patented Medicines Regulations* (Regulations) was reasonable.

Since 1994, patentees have had to file information concerning “the publicly available ex-factory price for each dosage form, strength and package size in which the medicine was sold to each class of customer in each of [the] countries” set out in the Schedule. The prices in these comparator countries are the ones the Patented Medicine Prices Review Board (Board) examines under paragraph 85(1)(c) of the Regulations. Until the amendment at issue in this case, the comparator countries were Germany, France, Italy, Sweden, Switzerland, the United Kingdom and the United States. As a result of the amendment, the United States and Switzerland were dropped from the list and six new countries were added. Subsection 101(1) of the *Patent Act* gives the Governor in Council the power to enact and amend regulations. The appellants submitted that the Governor in Council acted unreasonably by choosing certain countries in order to advance an agenda or fulfil a purpose contrary to section 85 and the *Patent Act*. In the appellants' view, the Governor in Council acted outside of the regulation-making power under subsection 101(1) by improperly pursuing the purpose of regulating or controlling prices or setting reasonable prices—something not authorized by section 85 and something that only provinces can do—rather than policing excessive pricing stemming from the abuse of the monopoly powers granted under patents. The respondent submitted that the list of comparator countries was changed in order to modernize the tools the Board uses to detect excessive pricing. The respondent also submitted that the need for the change was first recognized in a strategic plan in 1994, and that the tools to detect excessive pricing are no longer suitable for the task. The Federal Court found that the enactment of a list of 11 comparator countries does not constitute an improper form of price control and price regulation.

Alors que les tribunaux ne devraient pas s'immiscer à la légère dans la prise de décision du gouverneur en conseil, l'élément clé est le libellé limitatif des dispositions législatives — L'arrêt Vavilov, non pas l'arrêt Katz, vise directement cet élément, en se concentrant sur les significations que le libellé du pouvoir de réglementation peut raisonnablement revêtir — Cette différence entre l'arrêt Vavilov et l'arrêt Katz peut conduire à des résultats radicalement différents — Privilégier l'arrêt Vavilov sur rapport à l'arrêt Katz maintient l'équilibre dans la séparation des pouvoirs et de veille à ce que tous les détenteurs de pouvoirs publics soient responsables devant la loi.

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale qui a conclu que la décision du gouverneur en conseil d'adopter l'article 6 du *Règlement modifiant le Règlement sur les médicaments brevetés (facteurs additionnels et exigences supplémentaires relatives à la fourniture de renseignements)* (le règlement modificateur) qui modifie la liste des pays de comparaison contenue à l'annexe du *Règlement sur les médicaments brevetés* (le Règlement) était raisonnable.

Depuis 1994, les brevetés doivent fournir des renseignements sur « le prix départ usine accessible au public de chaque forme posologique, de chaque concentration et de chaque format d'emballage dans lesquels le médicament a été vendu à chaque catégorie de clients dans chacun [des] pays » conformément à ce qui est indiqué dans l'annexe. Les prix pratiqués dans ces pays de comparaison sont ceux que le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés (le Conseil) examine en vertu de l'alinéa 85(1)c) du Règlement. Jusqu'à la modification en litige en l'espèce, les pays de comparaison étaient l'Allemagne, la France, l'Italie, la Suède, la Suisse, le Royaume-Uni et les États-Unis. À la suite de la modification, les États-Unis et la Suisse ont été retirés de la liste et six nouveaux pays ont été ajoutés. Le paragraphe 101(1) de la *Loi sur les brevets* donne au gouverneur en conseil le pouvoir de promulguer et de modifier des règlements. Les appelantes ont affirmé que le gouverneur en conseil a agi de manière déraisonnable en choisissant certains pays afin de faire avancer un programme ou de remplir un objectif de manière contraire à l'article 85 et à la *Loi sur les brevets*. Selon les appelantes, le gouverneur en conseil a agi au-delà du pouvoir de réglementation prévu au paragraphe 101(1) en poursuivant indûment l'objectif de réglementer ou de contrôler les prix ou de fixer des prix raisonnables — ce qui n'est pas autorisé par l'article 85 de la *Loi sur les brevets*, ce que seules les provinces peuvent faire — plutôt que de contrôler les prix excessifs découlant de l'abus des pouvoirs de monopole accordés par les brevets. L'intimé a soutenu que la liste des pays de comparaison a été modifiée afin de moderniser les outils que le Conseil utilise pour repérer les prix excessifs. L'intimé a aussi soutenu que la nécessité du changement a été reconnue pour la première fois dans un plan stratégique en 1994 et que les outils permettant de repérer les prix excessifs ne sont plus adaptés à la tâche. La Cour fédérale

The main issue was whether the Governor in Council's decision to make the amending regulation was reasonable.

Held, the appeal should be dismissed.

Per Stratas J.A.: The Governor in Council's decision to make the amending regulation was reasonable. Following *Portnov v. Canada (Attorney General)* (F.C.A.), the amending regulation was to be assessed following the methodology in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, not the methodology in *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, both Supreme Court decisions. Under *Vavilov*, as suggested in *Portnov*, a reasonableness review of the decision to enact the regulation to change the comparator countries is conducted. Though the challenger bears the burden of proving that the decision is unreasonable under *Vavilov*, the challenger does not have to overcome a presumption the decision is reasonable. Under *Katz*, the challenger must overcome a presumption the regulation is valid. The presumption can be overcome only if the regulation is "irrelevant", "extraneous" or "completely unrelated" to the "statutory purpose". Reasonableness review does not enter into the matter at all. This is a "hyperdeferential" test, one unique in all of administrative law. *Vavilov* applies to all administrative decisions, regardless of formal differences in their content. This trend has been underway for a long time. All sorts of administrative decisions, including many that create instruments said to be "law", have been reviewed under *Vavilov*, not *Katz*. Just as the methodology in *Vavilov* applies to a whole range of administrative decisions, it applies to administrative decisions to make regulations. *Vavilov* refers specifically to regulations (at least those made by an administrative decision maker under delegated authority) and suggests that issues about their validity are closely connected to the interpretation of the regulation-making power, the review of which is done according to *Vavilov*. Regulations, municipal by-laws, orders-in-council, administrative rules and administrative rulings on the merits appear to be different from each other but only if courts fasten onto differences in form. *Vavilov* says this judicial fastening onto differences in form must stop. Complexity, confusion and incoherence must be replaced with simplicity, clarity and coherence. For good reasons based on the separation of powers between the judiciary and the executive, courts should not lightly interfere with decision making by the Governor in Council, especially when its policy content is high. The Governor in Council's regulation-making power is often relatively unconstrained. The key is the limiting statutory language. *Vavilov* goes straight to that key, focusing on what meanings the language of the regulation-making power can reasonably bear. *Katz* doesn't. It focuses on matters of form, namely, the nature of the instrument being enacted, a regulation, and the maker of the instrument, the Governor in Council. This difference between *Vavilov* and *Katz*

a conclu que l'adoption d'une liste de 11 pays de comparaison ne constituait pas en soi une forme inappropriée de contrôle et de réglementation des prix.

Il s'agissait de déterminer si la décision du gouverneur en conseil de prendre le règlement modificateur était raisonnable.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

Le juge Stratas, J.C.A. : La décision du gouverneur en conseil de prendre le règlement modificateur était raisonnable. Depuis l'arrêt *Portnov c. Canada (Procureur général)* (C.A.F.), le règlement modificateur doit être évalué en suivant la méthodologie indiquée dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, et non celle de l'arrêt *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, deux arrêts de la Cour suprême. Selon l'arrêt *Vavilov*, comme l'indique l'arrêt *Portnov*, on procède à un examen du caractère raisonnable de la décision de promulguer le règlement visant à modifier les pays de comparaison. Bien que le contestataire ait la charge de prouver que la décision est déraisonnable selon l'arrêt *Vavilov*, il n'a pas à renverser la présomption que la décision est raisonnable. Selon l'arrêt *Katz*, le contestataire doit renverser la présomption que le règlement est valide. Cette présomption ne peut être renversée que si le règlement repose sur des considérations « sans importance », qu'il est « non pertinent » ou « complètement étranger » à l'« objet de la loi ». L'examen du caractère raisonnable n'entre pas du tout en ligne de compte. Il s'agit d'un critère lié à l'[TRADUCTION] « hyperretenue », unique dans tout le droit administratif. L'arrêt *Vavilov* s'applique à toutes les décisions administratives, indépendamment des différences formelles dans leur contenu. Cette tendance a cours depuis longtemps. Toutes sortes de décisions administratives, y compris celles qui créent des instruments qu'on appelle « textes législatifs », ont été examinées en vertu de l'arrêt *Vavilov*, et non en vertu de l'arrêt *Katz*. Tout comme la méthodologie indiquée dans l'arrêt *Vavilov* s'applique à toute une série de décisions administratives, elle s'applique aux décisions administratives qui consistent à prendre des règlements. L'arrêt *Vavilov* renvoie expressément aux règlements (du moins ceux pris par un décideur administratif en vertu d'un pouvoir délégué) et indique que les questions relatives à leur validité sont étroitement liées à l'interprétation du pouvoir de réglementation, dont l'examen se fait selon l'arrêt *Vavilov*. Les règlements, les règlements municipaux, les décrets, les règles administratives et les décisions administratives sur le fond semblent être différents les uns des autres, mais seulement si l'on s'attache aux différences de forme. Selon l'arrêt *Vavilov*, il faut mettre fin à cet attachement qu'ont les tribunaux aux différences de forme. La complexité, la confusion et l'incohérence doivent être remplacées par la simplicité, la clarté et la cohérence. Pour de bonnes raisons fondées sur la séparation des pouvoirs entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif, les tribunaux ne devraient pas s'immiscer à la légère dans la

can lead to drastically different results. Preferring *Vavilov* over *Katz* is not about furthering judicial interventionism. It is about maintaining balance in the separation of powers and ensuring that all holders of public powers are accountable to the law.

The decision to enact the amendment changing the list of comparator countries was based on a reasonable interpretation of the regulation-making power in subsection 101(1) of the *Patent Act*, a power that, on an analysis of text, context and purpose, can be viewed as relatively unconstrained. The regulation-making authority conferred on the Governor in Council by subsection 101(1) of the *Patent Act* is broad. That authority, reasonably construed, supports the change to the list of comparator countries. A reasoned explanation can be discerned from the Regulatory Impact Analysis Statement: modernization. Statements such as these are a commonly accepted source of reasons behind decisions made by the Governor in Council. Even if, contrary to the reasoning in *Portnov*, *Katz* remained good law and had to be applied instead of *Vavilov*, the result in this case would have been the same. If the appellants' challenge failed under reasonableness review in *Vavilov*, it would surely have failed under the far more deferential, more immunizing standard set out in *Katz*. The lowering of the overall cost of medicines, thereby resulting in savings to the public purse, was a natural consequence of the amendments that were passed to modernize this regulatory regime. The Regulatory Impact Analysis Statement quite candidly admitted this natural consequence. An honest recognition that the amendments may cause overall cost savings as a natural consequence of the measure does not mean that that is the pith and substance of the amendments. It is important not to confuse the motive, policy and politics behind a regulation with its pith and substance.

Per Woods J.A. (concurring reasons): No view was expressed as to whether *Vavilov* has overtaken *Katz*. The regulation was valid even under *Katz*.

prise de décision du gouverneur en conseil, surtout lorsque son contenu politique est élevé. Le pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil est souvent relativement libre de toute contrainte. L'élément clé est le libellé limitatif des dispositions législatives. L'arrêt *Vavilov* vise directement cet élément, en se concentrant sur les significations que le libellé du pouvoir de réglementation peut raisonnablement revêtir. Ce n'est pas le cas de l'arrêt *Katz*. Cet arrêt se concentre sur des questions de forme, à savoir la nature de l'instrument édicté, un règlement, et l'auteur de l'instrument, le gouverneur en conseil. Cette différence entre l'arrêt *Vavilov* et l'arrêt *Katz* peut conduire à des résultats radicalement différents. Privilégier l'arrêt *Vavilov* par rapport à l'arrêt *Katz* n'a pas pour but de favoriser l'interventionnisme judiciaire. Il s'agit de maintenir l'équilibre dans la séparation des pouvoirs et de veiller à ce que tous les détenteurs de pouvoirs publics soient responsables devant la loi.

La décision d'adopter la modification de la liste des pays de comparaison était fondée sur une interprétation raisonnable du pouvoir de réglementation prévu au paragraphe 101(1) de la *Loi sur les brevets*, un pouvoir qui, selon une analyse du texte, du contexte et de l'objet, peut être considéré comme relativement peu contraignant. Le pouvoir de réglementation conféré au gouverneur en conseil par le paragraphe 101(1) de la *Loi sur les brevets* est large. Ce pouvoir, interprété raisonnablement, soutient la modification de la liste des pays de comparaison. Une explication motivée peut être discernée dans le résumé de l'étude d'impact de la réglementation : la modernisation. Les déclarations de ce genre sont une source communément acceptée des motifs des décisions prises par le gouverneur en conseil. Même si, contrairement au raisonnement de l'arrêt *Portnov*, l'arrêt *Katz* demeure valable et doit être appliqué à la place de l'arrêt *Vavilov*, le résultat en l'espèce serait le même. Si la contestation des appelantes a échoué dans le cadre de l'examen selon la norme de la décision raisonnable établie dans l'arrêt *Vavilov*, elle doit certainement échouer dans le cadre de l'examen selon la norme beaucoup plus déférente et restrictive établie dans l'arrêt *Katz*. La baisse du coût global des médicaments, qui se traduit par des économies pour le trésor public, est une conséquence naturelle des modifications qui ont été adoptées pour moderniser ce régime réglementaire. Cette conséquence naturelle est admise très franchement dans le résumé de l'étude d'impact de la réglementation. Le fait de reconnaître honnêtement que les modifications peuvent entraîner des économies globales en tant que conséquence naturelle de la mesure ne signifie pas que c'est là le caractère véritable des modifications. Il est important de ne pas confondre le motif, les fins économiques et la politique qui sous-tendent un règlement avec son caractère véritable.

La juge Woods, J.C.A. (motifs concordants) : Aucun point de vue n'a été exprimé à savoir si l'arrêt *Vavilov* l'emportait sur l'arrêt *Katz*. Le règlement était valable même aux termes de l'arrêt *Katz*.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

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. 91(22).
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 85, 101(1).
Patented Medicines Regulations, SOR/94-688, Sch.
Regulations Amending the Patented Medicines Regulations (Additional Factors and Information Reporting Requirements), SOR/2019-298, s. 6.
Regulations Amending the Regulations Amending the Patented Medicines Regulations (Additional Factors and Information Reporting Requirements), No. 5, SOR/2022-162.

CASES CITED

FOLLOWED:

Portnov v. Canada (Attorney General), 2021 FCA 171, [2021] 4 F.C.R. 501.

NOT FOLLOWED:

Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care), 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810.

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653.

CONSIDERED:

Alexion Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Attorney General), 2021 FCA 157, [2022] 1 F.C.R. 153, 185 C.P.R. (4th) 83; *Leo Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 306, 57 C.P.R. (4th) 174, [2007] 4 F.C.R. D-5; *Auer v. Auer*, 2022 ABCA 375 (CanLII); *TransAlta Generation Partnership v. Alberta (Minister of Municipal Affairs)*, 2022 ABCA 381 (CanLII); *Law Society of Saskatchewan v. Abrametz*, 2022 SCC 29, [2022] 2 S.C.R. 220, 470 D.L.R. (4th) 328; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Canadian Council for Refugees*, 2021 FCA 72, [2021] 3 F.C.R. 294, 458 D.L.R. (4th) 125; *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710, [2012] 1 F.C.R. D-2; *R. v. Sharma*, 2022 SCC 39, 165 O.R. (3d) 398; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, 120 D.L.R. (4th) 348.

REFERRED TO:

Borowski v. Canada (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 342, 57 D.L.R. (4th) 231; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3; *Miller v. Canada*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(22).
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 85, 101(1).
Règlement modifiant le Règlement sur les médicaments brevetés (facteurs additionnels et exigences supplémentaires relatives à la fourniture de renseignements), DORS/2019-298, art. 6.
Règlement n° 5 modifiant le Règlement modifiant le Règlement sur les médicaments brevetés (facteurs additionnels et exigences supplémentaires relatives à la fourniture de renseignements), DORS/2022-162.
Règlement sur les médicaments brevetés, DORS/94-688, ann.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

Portnov c. Canada (Procureur général), 2021 CAF 171, [2021] 4 R.C.F. 501.

DÉCISION NON SUIVIE :

Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée), 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810.

DÉCISION APPLIQUÉE :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Alexion Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Procureur général), 2021 CAF 157, [2022] 1 R.C.F. 153; *Leo Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 306, [2007] A.C.F. n° 425 (QL), [2007] 4 R.C.F. F-2; *Auer v. Auer*, 2022 ABCA 375 (CanLII); *TransAlta Generation Partnership v. Alberta (Minister of Municipal Affairs)*, 2022 ABCA 381 (CanLII); *Law Society of Saskatchewan c. Abrametz*, 2022 CSC 29, [2022] 2 R.C.S. 220, [2022] A.C.S. n° 29 (QL); *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Conseil canadien pour les réfugiés*, 2021 CAF 72, [2021] 3 R.C.F. 294; *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299, [2012] 1 R.C.F. F-3; *R. c. Sharma*, 2022 CSC 39; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, [1994] A.C.S. n° 101 (QL).

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Borowski c. Canada (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 342, [1989] A.C.S. n° 14 (QL); *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3; *Miller*

(Attorney General), 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149, [2003] 3 F.C. D-16; *R. v. Sullivan*, 2022 SCC 19, [2022] 1 S.C.R. 460, 413 C.C.C. (3d) 447; *Le v. British Columbia (Attorney General)*, 2022 BCSC 1146; *Pacific Wild Alliance v. British Columbia (Forests, Lands, Natural Resource Operations and Rural Development)*, 2022 BCSC 904; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Service de calèches et traineaux Lucky Luc c. Ville de Montréal*, 2022 QCCA 1610; *Colchester County (Municipality) v. Colchester Containers Limited*, 2021 NSCA 53; *1193652 B.C. Ltd. v. New Westminster (City)*, 2021 BCCA 176; *1120732 B.C. Ltd. v. Whistler (Resort Municipality)*, 2020 BCCA 101, 445 D.L.R. (4th) 448; *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635; *Green v. Law Society of Manitoba*, 2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230; *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2020 FCA 100, [2021] 1 F.C.R. 374, aff'd 2022 SCC 30, [2022] 2 S.C.R. 303, 471 D.L.R. (4th) 391; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Tennant*, 2018 FCA 132, [2018] 4 F.C.R. D-15; *Coldwater First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2020 FCA 34, [2020] 3 F.C.R. 3; *Canada (Minister of Transport, Infrastructure and Communities) v. Jagjit Singh Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006; *Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, 16 D.L.R. (2d) 689; *Multi-Malls Inc. et al. and Minister of Transportation and Communications et al.* (1977), 14 O.R. (2d) 49, 73 D.L.R. (3d) 18 (C.A.); *Doctors Hospital and Minister of Health et al.* (1977), 12 O.R. (2d) 164, 68 D.L.R. (3d) 220 (Div. Ct.); *Schmidt v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 55, [2019] 2 F.C.R. 376; *Williams v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 252, [2018] 4 F.C.R. 174; *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392; *Mohr v. National Hockey League*, 2022 FCA 145, [2021] 4 F.C.R. 465.

c. Canada (Procureur général), 2002 CAF 370, [2002] A.C.F. n° 1375 (QL) [2003] 3 C.F. F-16; *R. c. Sullivan*, 2022 CSC 19, [2022] 1 R.C.S. 460, [2002] A.C.S. n° 19 (QL); *Le v. British Columbia (Attorney General)*, 2022 BCSC 1146; *Pacific Wild Alliance v. British Columbia (Forests, Lands, Natural Resource Operations and Rural Development)*, 2022 BCSC 904; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Service de calèches et traineaux Lucky Luc c. Ville de Montréal*, 2022 QCCA 1610; *Colchester County (Municipality) v. Colchester Containers Limited*, 2021 NSCA 53; *1193652 B.C. Ltd. v. New Westminster (City)*, 2021 BCCA 176; *1120732 B.C. Ltd. v. Whistler (Resort Municipality)*, 2020 BCCA 101, 445 D.L.R. (4th) 448; *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635; *Green c. Law Society of Manitoba*, 2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2020 CAF 100, [2021] 1 R.C.F. 374, conf. par 2022 CSC 30, [2022] 2 R.C.S. 303; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Tennant*, 2018 CAF 132, [2018] 4 R.C.F. F-19; *Première nation de Coldwater c. Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 34, [2020] 3 R.C.F. 3; *Canada (Ministre des Transports, de l'Infrastructure et des Collectivités) c. Jagjit Singh Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006; *Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, 16 D.L.R. (2d) 689; *Multi-Malls Inc. et al. and Minister of Transportation and Communications et al.* (1977), 14 O.R. (2d) 49, 73 D.L.R. (3d) 18 (C.A.); *Doctors Hospital and Minister of Health et al.* (1977), 12 O.R. (2d) 164, 68 D.L.R. (3d) 220 (C. div.); *Schmidt c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 55, [2019] 2 R.C.F. 376; *Williams c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 252, [2018] 4 R.C.F. 174; *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392; *Mohr c. Ligue nationale de hockey*, 2022 CAF 145, [2021] 4 R.C.F. 465.

AUTHORS CITED

Daly, Paul. "Regulations and Reasonableness Review", *Administrative Law Matters* (29 January 2021), online: <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2021/01/29/regulations-and-reasonableness-review/>>.

Daly, Paul. "Resisting which Siren's Call? Auer v Auer, 2022 ABCA 375 and TransAlta Generation Partnership v Alberta (Minister of Municipal Affairs), 2022 ABCA

DOCTRINE CITÉE

Daly, Paul. « Regulations and Reasonableness Review » dans *Administrative Law Matters* (29 janvier 2021), en ligne : <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2021/01/29/regulations-and-reasonableness-review/>>.

Daly, Paul. « Resisting which Siren's Call? Auer v Auer, 2022 ABCA 375 and TransAlta Generation Partnership v Alberta (Minister of Municipal Affairs), 2022 ABCA 381 »

381”, *Administrative Law Matters*, (blog), November 24, 2022, online: <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2022/11/24/resisting-which-sirens-call-auer-v-auer-2022-abca-375-and-transalta-generation-partnership-v-alberta-minister-of-municipal-affairs-2022-abca-381/>>.

House of Commons Debates, 42nd Parl., 1st Sess., Vol. 148, No. 433 (June 13, 2019) (Hon. Geoff Regan).

Keyes, John Mark. “Judicial Review of Delegated Legislation—The Road Beyond *Vavilov*” (2022), 35 *C.J.A.L.P.* 69.

Mancini, Mark. “Simplicity in the Law of Judicial Review of Regulations: *Auer* and *TransAlta*”, *Double Aspect*, (blog), November 27, 2022, online: <<https://doubleaspect.blog/2022/11/27/simplicity-in-the-law-of-judicial-review-of-regulations-auer-and-transalta/>>.

Mancini, Mark and Martin Olszynski. “Reviewing Regulations Post-*Vavilov*: *Ecology Action Centre v Canada* (Part II)”, *ABlawg* (blog), December 24, 2021, online: <http://ablawg.ca/wp-content/uploads/2021/12/Blog_MM_MO_Ecology_Action_Centre_2.pdf>.

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2019-298, *C. Gaz.* 2019.II.5946.

APPEAL from a Federal Court decision [2020 FC 725, [2020] 4 F.C.R. 180] concluding that the Governor in Council’s decision to enact section 6 of the *Regulations Amending the Patented Medicines Regulations (Additional Factors and Information Reporting Requirements)* to change the list of comparator countries in the Schedule to the *Patented Medicines Regulations* was reasonable. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Orestes Pasparakis, Kristin Wall, Rowan Weaver, Fahad Siddiqui, William Chalmers and Christopher A. Guerreiro for appellants.
Joseph Cheng and James Schneider for respondent.
John Norman and Jenny Thistle for intervener.

SOLICITORS OF RECORD

Norton Rose Fulbright Canada LLP, Toronto, for appellants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Gowling WLG (Canada) LLP, Ottawa, for intervener.

dans *Administrative Law Matters* (blogue), 24 novembre 2022, en ligne : <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2022/11/24/resisting-which-sirens-call-auer-v-auer-2022-abca-375-and-transalta-generation-partnership-v-alberta-minister-of-municipal-affairs-2022-abca-381/>>.

Débats de la Chambre des communes, 42^e lég., 1^{re} sess., vol. 148, n^o 433 (13 juin 2019) (l’hon. Geoff Regan).

Keyes, John Mark. « Judicial Review of Delegated Legislation—The Road Beyond *Vavilov* » (2022), 35 *C.J.A.L.P.* 69.

Mancini, Mark. « Simplicity in the Law of Judicial Review of Regulations: *Auer* and *TransAlta* » dans *Double Aspect* (blogue), 27 novembre 2022, en ligne : <<https://doubleaspect.blog/2022/11/27/simplicity-in-the-law-of-judicial-review-of-regulations-auer-and-transalta/>>.

Mancini, Mark et Martin Olszynski. « Reviewing Regulations Post-*Vavilov*: *Ecology Action Centre v Canada* (Part II) » dans *ABlawg* (blogue), 24 décembre 2021 en ligne : <http://ablawg.ca/wp-content/uploads/2021/12/Blog_MM_MO_Ecology_Action_Centre_2.pdf>.

Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, DORS/2019-298, *Gaz. C.* 2019.II.5946.

APPEL d’une décision de la Cour fédérale [2020 CF 725, [2020] 4 R.C.F. 180] qui a conclu que la décision du gouverneur en conseil d’adopter l’article 6 du *Règlement modifiant le Règlement sur les médicaments brevetés (facteurs additionnels et exigences supplémentaires relatives à la fourniture de renseignements)* qui modifie la liste des pays de comparaison contenue à l’annexe du *Règlement sur les médicaments brevetés* était raisonnable. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Orestes Pasparakis, Kristin Wall, Rowan Weaver, Fahad Siddiqui, William Chalmers et Christopher A. Guerreiro pour les appelantes.
Joseph Cheng et James Schneider pour l’intimé.
John Norman et Jenny Thistle pour l’intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Norton Rose Fulbright Canada S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour les appelantes.
Le sous-procureur général du Canada pour l’intimé.
Gowling WLG (Canada) S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour l’intervenante.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STRATAS J.A.:

A. Introduction

[1] In a judicial review in the Federal Court, the appellants challenged portions of a regulation (*[Regulations Amending the Patented Medicines Regulations (Additional Factors and Information Reporting Requirements)]* SOR/2019-298) that amends the *Patented Medicines Regulations*, SOR/94-688 [Regulations] (as amended). In their challenge, the appellants said that portions of the regulation were invalid because they went beyond the scope of the regulation-making power in the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4.

[2] The amendments in the regulation, among other things, affect how the Patented Medicine Prices Review Board [Board] determines whether the price of a patented medicine is excessive under section 85 of the *Patent Act*. The amendments in the regulation:

- (1) supply new factors for the Board to consider;
- (2) specify a new way for the Board to calculate the price of medicines (discounts and rebates are relevant); and
- (3) change the list of comparator countries for which pricing information must be filed.

[3] When this matter reached our Court, all three items were live and in issue. However, a few months after the hearing in our Court, the Governor in Council repealed items (1) and (2): *[Regulations Amending the Regulations Amending the Patented Medicines Regulations (Additional Factors and Information Reporting Requirements), No. 5]* SOR/2022-162. Item (3) has not been repealed. It remains live.

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

LE JUGE STRATAS, J.C.A. :

A. Introduction

[1] Dans le cadre d'un contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, les appelantes ont contesté certaines parties d'un règlement (*[Règlement modifiant le Règlement sur les médicaments brevetés (facteurs additionnels et exigences supplémentaires relatives à la fourniture de renseignements)]* DORS/2019-298) qui modifie le *Règlement sur les médicaments brevetés*, DORS/94-688 [le Règlement] (dans sa version modifiée). Dans leur contestation, les appelantes ont affirmé que certaines parties du règlement étaient invalides parce qu'elles dépassaient la portée du pouvoir de réglementation prévu dans la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4.

[2] Les modifications apportées au règlement ont, entre autres, une incidence sur la façon dont le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés [le Conseil] détermine si le prix d'un médicament breveté est excessif aux termes de l'article 85 de la *Loi sur les brevets*. Les modifications du règlement :

- 1) prévoient de nouveaux facteurs à prendre en compte par le Conseil;
- 2) précisent une nouvelle façon pour le Conseil de calculer le prix des médicaments (les remises et les réductions sont pertinentes); et
- 3) modifient la liste des pays de comparaison pour lesquels des renseignements sur les prix doivent être déposés.

[3] Lorsque cette affaire a été portée devant notre Cour, ces trois éléments étaient en litige. Toutefois, quelques mois après l'audience devant notre Cour, le gouverneur en conseil a abrogé les points 1) et 2) : *[Règlement n° 5 modifiant le Règlement modifiant le Règlement sur les médicaments brevetés (facteurs additionnels et exigences supplémentaires relatives à la fourniture de renseignements)]* DORS/2022-162. Le point 3) n'a pas été abrogé. Il demeure en vigueur.

[4] In this Court, the parties agree that the challenge to items (1) and (2) is now moot and should not be heard. They also agree that this Court should determine the challenge to item (3), specifically the challenge to section 6 in SOR/2019-298 which enacts item (3).

[5] The Court agrees with the parties. Their position is consistent with *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, 57 D.L.R. (4th) 231.

[6] The Federal Court concluded that the Governor in Council's decision to enact section 6 of SOR/2019-298—to change the list of comparator countries—was reasonable and, thus, the section was valid: [*Innovative Medicines Canada v. Canada (Attorney General)*] 2020 FC 725, [2020] 4 F.C.R. 180 (*per* Manson J.).

[7] For the reasons that follow, I agree with the Federal Court. Therefore, I would dismiss the appeal with costs.

B. Analysis

(1) The appellants' general submission

[8] The appellants submit that the change to the list of comparator countries in the regulations conflicts with the proper purposes of section 85 of the *Patent Act* and the proper purposes underlying the *Patent Act* itself, as shaped by the limits on federal power over patents in subsection 91(22) of the *Constitution Act, 1867*.

[9] Thus, the appellants submit that the Governor in Council's decision to enact section 6 of SOR/2019-298 is unreasonable. In consequence, the appellants ask us to strike out section 6. If we do that, the list of comparator countries that previously existed would be restored.

[4] Devant cette Cour, les parties conviennent que la contestation des points 1) et 2) est maintenant sans objet et ne devrait pas être entendue. Ils conviennent également que notre Cour devrait se prononcer sur la contestation du point 3), plus précisément la contestation de l'article 6 du règlement DORS/2019-298 qui édicte le point 3).

[5] La Cour est d'accord avec les parties. Leur thèse est conforme aux principes énoncés dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, [1989] A.C.S. n° 14 (QL).

[6] La Cour fédérale a conclu que la décision du gouverneur en conseil d'adopter l'article 6 du règlement DORS/2019-298 — qui modifie la liste des pays de comparaison — était raisonnable et que, par conséquent, l'article était valide : [*Médicaments novateurs Canada c. Canada (Procureur général)*] 2020 CF 725, [2020] 4 R.C.F. 180 (le juge Manson).

[7] Pour les motifs suivants, je souscris aux arguments de la Cour fédérale. Par conséquent, je rejetterais l'appel avec dépens.

B. Analyse

1) La thèse générale des appelantes

[8] Les appelantes soutiennent que la modification apportée à la liste des pays de comparaison dans le règlement va à l'encontre des objectifs appropriés de l'article 85 de la *Loi sur les brevets* et des objectifs appropriés sous-jacents à la *Loi sur les brevets* elle-même, tels qu'ils sont définis par les limites du pouvoir fédéral sur les brevets au paragraphe 91(22) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[9] Ainsi, les appelantes soutiennent que la décision du gouverneur en conseil d'adopter l'article 6 du règlement DORS/2019-298 est déraisonnable. En conséquence, les appelantes nous demandent de radier l'article 6. Si nous faisons cela, la liste des pays de comparaison qui existait auparavant serait rétablie.

(2) Section 85 of the *Patent Act*

[10] To evaluate the appellants' submission, we must first examine section 85 of the *Patent Act*. It is the core of the Patented Medicine Prices Review Board's power to determine, in the words of subsection 85(1), "whether a medicine is being or has been sold at an excessive price in any market in Canada".

[11] Subsection 85(1) sets out five factors for the Board to consider. These appear in five paragraphs in subsection 85(1):

- (a) "the prices at which the medicine has been sold in the relevant market";
- (b) "the prices at which other medicines in the same therapeutic class have been sold in the relevant market";
- (c) "the prices at which the medicine and other medicines in the same therapeutic class have been sold in countries other than Canada";
- (d) "changes in the Consumer Price Index";
- (e) "such other factors as may be specified in any regulations made for the purposes of this subsection".

If and only if after considering these factors the Board is unable to determine if a price is excessive, it may also consider "the costs of making and marketing the medicine" and any other factors it considers relevant: subsection 85(2).

(3) What "countries other than Canada" are relevant to paragraph 85(1)(c)?

[12] Since the first enactment of the *Patented Medicines Regulations* in 1994, patentees have had to file information concerning "the publicly available ex-factory price for each dosage form, strength and package size in which the medicine was sold to each class of customer in each of [the] countries" set out in a schedule to the Regulations.

2) Article 85 de la *Loi sur les brevets*

[10] Pour évaluer l'argument des appelantes, nous devons d'abord examiner l'article 85 de la *Loi sur les brevets*. Le pouvoir fondamental du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés est de déterminer, selon les termes du paragraphe 85(1), « si le prix d'un médicament vendu sur un marché canadien est excessif ».

[11] Le paragraphe 85(1) énonce cinq facteurs que le Conseil doit examiner. Ces facteurs figurent dans cinq alinéas du paragraphe 85(1) :

- a) « le prix de vente du médicament sur un tel marché »;
- b) « le prix de vente de médicaments de la même catégorie thérapeutique sur un tel marché »;
- c) « le prix de vente du médicament et d'autres médicaments de la même catégorie thérapeutique à l'étranger »;
- d) « les variations de l'indice des prix à la consommation »;
- e) « tous les autres facteurs précisés par les règlements d'application du présent paragraphe ».

Si et seulement si, après avoir examiné ces critères, le Conseil se trouve dans l'incapacité de décider si un prix est excessif ou non, il peut également examiner « les coûts de réalisation et de mise en marché [et] tous les autres facteurs [...] qu'il estime pertinents » au paragraphe 85(2).

3) Quels sont les pays étrangers visés par l'alinéa 85(1)c)?

[12] Depuis l'entrée en vigueur du *Règlement sur les médicaments brevetés* en 1994, les brevetés doivent fournir des renseignements sur « le prix départ usine accessible au public de chaque forme posologique, de chaque concentration et de chaque format d'emballage dans lesquels le médicament a été vendu à chaque catégorie de

The prices in these comparator countries are the ones the Board examines under paragraph 85(1)(c).

[13] From 1994 until the amendment at issue in this case, the comparator countries were Germany, France, Italy, Sweden, Switzerland, the United Kingdom and the United States.

[14] The amendment at issue in this case changes the comparator countries to Australia, Belgium, France, Germany, Italy, Japan, Netherlands, Norway, Spain, Sweden and the United Kingdom. As can be readily seen, the list of comparator countries has grown and the United States and Switzerland have been dropped from the list.

(4) The regulation-making power in subsection 101(1) of the *Patent Act*

[15] Subsection 101(1) of the *Patent Act* gives the Governor in Council the power to enact and amend regulations. Paragraph 101(1)(a) allows the Governor in Council to specify the “information ... that shall be provided to the Board” in order for the Board to carry out its mandate. For good measure, paragraph 101(1)(d) allows the Governor in Council to specify factors for the purposes of section 85.

[16] All parties accept that subsection 101(1), literally read, supports the making of a regulation requiring patentees to submit information about their relevant pricing in certain countries so that the Board can consider the factor in paragraph 85(1)(c), namely “the prices at which the medicine and other medicines in the same therapeutic class have been sold in countries other than Canada”. In effect, the countries listed in the regulation become comparators to be taken into account under paragraph 85(1)(c).

[17] But the appellants say that in this case, looking at the entire context, the Governor in Council has acted unreasonably. It has chosen certain countries in order to advance an agenda or fulfil a purpose contrary to section 85 and the *Patent Act*. In the appellants’ view, the Governor in Council has acted outside of the regulation-making

clients dans chacun de ces pays », conformément à ce qui est indiqué dans une annexe du Règlement. Les prix pratiqués dans ces pays de comparaison sont ceux que le Conseil examine en vertu de l’alinéa 85(1)c).

[13] De 1994 jusqu’à la modification en litige en l’espèce, les pays de comparaison étaient l’Allemagne, la France, l’Italie, la Suède, la Suisse, le Royaume-Uni et les États-Unis.

[14] La modification en litige en l’espèce modifie la liste des pays de comparaison : Australie, Belgique, France, Allemagne, Italie, Japon, Pays-Bas, Norvège, Espagne, Suède et Royaume-Uni. Comme on peut aisément le constater, cette liste s’est allongée et les États-Unis et la Suisse ont été retirés de la liste.

4) Le pouvoir de réglementation prévu au paragraphe 101(1) de la *Loi sur les brevets*

[15] Le paragraphe 101(1) de la *Loi sur les brevets* donne au gouverneur en conseil le pouvoir de promulguer et de modifier des règlements. L’alinéa 101(1)a permet au gouverneur en conseil de préciser « les renseignements [...] à fournir au Conseil » pour que celui-ci puisse s’acquitter de son mandat. Pour faire bonne mesure, l’alinéa 101(1)d permet au gouverneur en conseil de définir des facteurs d’application de l’article 85.

[16] Toutes les parties reconnaissent que le paragraphe 101(1), lu littéralement, appuie l’adoption d’un règlement exigeant que les brevetés soumettent des renseignements sur leurs prix pertinents dans certains pays afin que le Conseil puisse tenir compte du facteur mentionné à l’alinéa 85(1)c), à savoir « le prix de vente du médicament et d’autres médicaments de la même catégorie thérapeutique à l’étranger ». De fait, les pays énumérés dans le règlement deviennent des pays de comparaison à prendre en compte en vertu de l’alinéa 85(1)c).

[17] Mais les appelantes affirment qu’en l’espèce, compte tenu de l’ensemble du contexte, le gouverneur en conseil a agi de manière déraisonnable. Il a choisi certains pays afin de faire avancer un programme ou de remplir un objectif de manière contraire à l’article 85 et à la *Loi sur les brevets*. Selon les appelantes, le gouverneur

power under subsection 101(1) of the *Patent Act*, as shaped by the limits on federal power over patents in subsection 91(22) of the *Constitution Act, 1867*. Specifically, they say that the Governor in Council is improperly pursuing the purpose of regulating or controlling prices or setting reasonable prices—something not authorized by section 85 of the *Patent Act* and something that only provinces can do—rather than policing excessive pricing stemming from the abuse of the monopoly powers granted under patents.

- (5) Previous authorities concerning the purposes of section 85 and the Board’s policing power over excessive pricing

[18] The issue of the proper scope of section 85 has been a fertile area of litigation. There is a forest of authorities. Fortunately, we need only take the most prominent of these authorities and apply them to this case.

[19] Most recently, this Court has analyzed those authorities and has concluded as follows:

Over and over again, authorities have stressed that the excessive pricing provisions in the *Patent Act* are directed at controlling patent abuse, not reasonable pricing, price-regulation or consumer protection at large: *Innovative Medicines Canada v. Canada (Attorney General)*, 2020 FC 725, [2020] 4 F.C.R. 180, 174 C.P.R. (4th) 333 [*Innovative Medicines Canada*], at paragraphs 76–89; *Canada (Attorney General) v. Sandoz Canada Inc.*, 2015 FCA 249, 390 D.L.R. (4th) 691, [2016] 2 F.C.R. D-7, at paragraph 26; *ICN Pharmaceuticals Inc. v. Patented Medicine Prices Review Board* (1996), 66 C.P.R. (3d) 45, 108 F.T.R. 190, [1996] 2 F.C. D-34 (F.C.T.D.), affd [1997] 1 F.C. 32, 119 F.T.R. 70 (C.A.) [*ICN Pharmaceuticals Inc.*]; *Manitoba Society of Seniors Inc. v. Canada (Attorney General)* (1991), 77 D.L.R. (4th) 485, 70 Man. R. (2d) 141 (Q.B.) [*Manitoba Society of Seniors*], at paragraphs 19–21. In one authority, the Supreme Court loosely and occasionally speaks of these provisions having a consumer protection purpose and cites some politicians’ speeches to that effect: *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3 [*Celgene*]. But it ties that purpose to the specific need to prevent patent abuse: at paragraphs 28–29, citing *ICN Pharmaceuticals Inc.* Were the excessive pricing provisions

en conseil a agi au-delà du pouvoir de réglementation prévu au paragraphe 101(1) de la *Loi sur les brevets*, tel que façonné par les limites du pouvoir fédéral sur les brevets prévus au paragraphe 91(22) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Plus précisément, elles affirment que le gouverneur en conseil poursuit indûment l’objectif de réglementer ou de contrôler les prix ou de fixer des prix raisonnables — ce qui n’est pas autorisé par l’article 85 de la *Loi sur les brevets*, ce que seules les provinces peuvent faire — plutôt que de contrôler les prix excessifs découlant de l’abus des pouvoirs de monopole accordés par les brevets.

- 5) Jurisprudence concernant l’objet de l’article 85 et le pouvoir de surveillance du Conseil en matière de prix excessifs

[18] La question de la portée appropriée de l’article 85 a été un domaine fertile en litiges. Il existe une multitude de décisions. Heureusement, il nous suffit de prendre les plus importantes d’entre elles et de les appliquer à l’espèce.

[19] Très récemment, notre Cour a analysé ces décisions et a conclu ce qui suit :

Selon plusieurs sources faisant autorité, les dispositions de la *Loi sur les brevets*, relatives aux prix excessifs ont pour objet de contrôler les abus de droits de brevets, et non de contrôler le caractère raisonnable des prix, de réglementer les prix ou de protéger les consommateurs de manière générale : *Médicaments novateurs Canada c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 725, [2020] 4 R.C.F. 180 (décision *Médicaments novateurs Canada*), aux paragraphes 76 à 89; *Canada (Procureur général) c. Sandoz Canada Inc.*, 2015 CAF 249, [2016] 2 R.C.F. F-6, au paragraphe 26; *ICN Pharmaceuticals, Inc. c. Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés* (1996), T-2541-95, le 15 février 1996, 1996 CanLII 11903, [1996] 2 C.F. F-27, (C.F. 1^{re} inst.) (décision *ICN Pharmaceuticals, Inc.*), conf. par l’arrêt [1997] 1 C.F. 32, (C.A.); arrêt *Manitoba Society of Seniors Inc. v. Canada (Attorney-General)* (1991), 77 D.L.R. (4th) 485, 70 Man. R. (2d) 141, (Q.B.) (*Manitoba Society of Seniors Inc.*), aux paragraphes 19 à 21. Dans un arrêt, la Cour suprême évoque occasionnellement et de manière souple le fait que ces dispositions peuvent avoir pour objet de protéger les consommateurs et elle invoque certains discours de politiciens à cet effet : *Celgene Corp. c. Canada (Procureur*

of the federal *Patent Act* aimed at reasonable pricing, price-regulation or consumer protection at large, they would be constitutionally suspect: see, e.g., *Innovative Medicines Canada*; *Merck Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2020 QCCS 4541.

(*Alexion Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 157, [2022] 1 F.C.R. 153, 185 C.P.R. (4th) 83, at paragraph 49; see also *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3.)

The bottom line is that pure price regulation or price setting is invalid; policing excessive pricing is valid.

(6) The purpose behind section 6 of SOR/2019-298: the change to the list of comparator countries

[20] The Attorney General submits that the list of comparator countries was changed in order to modernize the tools the Board uses to detect excessive pricing. The Attorney General notes that the list of comparator countries has not been changed since 1994. But, the Attorney General says, circumstances have changed in the quarter-century since that time.

[21] The Attorney General submits that the need for the change was first recognized in a strategic plan in 1994. And later documents show that both the Board and Health Canada have recognized that the tools to detect excessive pricing are no longer suitable for the task.

[22] At the centre of the Attorney General's submissions is the Regulatory Impact Analysis Statement offered in support of the change: *Canada Gazette Part II*, Vol. 153, No. 17 [August 21, 2019], at pages 5946–5996. The Regulatory Impact Analysis Statement suggests that the Governor in Council changed the list because,

général), 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3 (arrêt *Celgene*). Elle limite toutefois cet objet aux besoins précis de la lutte contre les abus de brevet : aux paragraphes 28 et 29, citant la décision *ICN Pharmaceuticals, Inc.* Si les dispositions de la *Loi sur les brevets* fédérale relatives aux prix excessifs avaient pour objet l'établissement de prix raisonnables, la réglementation des prix et la protection des consommateurs en général, leur constitutionnalité serait mise en doute : voir, par exemple, les décisions *Médicaments novateurs Canada* et *Merck Canada Inc. c. Procureur général du Canada*, 2020 QCCS 4541.

(*Alexion Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 157, [2022] 1 R.C.F. 153, 185 C.P.R. (4th) 83, au paragraphe 49; voir aussi l'arrêt *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3.)

En résumé, la réglementation pure des prix ou la fixation des prix n'est pas valable; le contrôle des prix excessifs l'est en revanche.

6) L'objet de l'article 6 du règlement DORS/2019-298 : la modification de la liste des pays de comparaison

[20] Le procureur général soutient que la liste des pays de comparaison a été modifiée afin de moderniser les outils que le Conseil utilise pour repérer les prix excessifs. Le procureur général note que la liste des pays de comparaison n'a pas été modifiée depuis 1994. Mais, selon le procureur général, les circonstances ont changé au cours du quart de siècle qui s'est écoulé depuis.

[21] Le procureur général soutient que la nécessité du changement a été reconnue pour la première fois dans un plan stratégique en 1994. Et des documents ultérieurs montrent que tant le Conseil que Santé Canada ont reconnu que les outils permettant de repérer les prix excessifs ne sont plus adaptés à la tâche.

[22] Au centre des observations du procureur général se trouve le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation présenté à l'appui de la modification : *Gazette du Canada, partie II*, vol. 153, n° 17 [21 août 2019], aux pages 5946 à 5996. Le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation indique que le gouverneur en conseil

over the last quarter-century, the original criteria used to select comparator countries had become incomplete and flawed. The Governor in Council chose the eleven countries in the revised list because they were comparable to Canada in three important respects: their measures to constrain free-market pricing, their economic standing, and their market characteristics: Regulatory Impact Analysis Statement, at pages 5953–5954; and see the Federal Court’s reasons, at paragraphs 155–156. At a more general level, as the Federal Court found (at paragraph 103), the amendments “update the Board’s arsenal of regulatory tools and information reporting authority in order to effectively protect Canadian consumers from excessively priced patented medicines”.

[23] In particular, the Governor in Council dropped the United States and Switzerland from the list of comparator countries because, unlike Canada, they do not have measures regulating the free-market pricing of patented medicines. In the view of the Governor in Council, they were inapt comparators.

[24] Considering all the evidence before it, the Federal Court found that the enactment of a list of eleven comparator countries, by itself, does not constitute an improper form of price control and price regulation. All that is happening under this change is the collection of pricing information from seven up to eleven listed countries, nothing more. The filing of comparative information to facilitate the Board’s task of determining excessiveness is, by itself, benign. If the Board later uses that comparative information to set or control prices—rather than police excessive pricing—an aggrieved party can establish on judicial review that the Board has exceeded its jurisdiction. In short, the sin is not in the gathering of information; if a sin is committed, it will be later when the information is improperly used.

a modifié la liste parce que, au cours du dernier quart de siècle, les critères originaux utilisés pour sélectionner les pays de comparaison étaient devenus incomplets et erronés. Le gouverneur en conseil a choisi les onze pays de la liste révisée parce qu’ils étaient comparables au Canada à trois égards importants : ils disposent de mesures stratégiques qui limitent l’établissement libre des prix sur le marché libre, leur situation économique et les caractéristiques de leur marché : Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, aux pages 5953 à 5954; voir aussi les motifs de la Cour fédérale, aux paragraphes 155 et 156. De façon plus générale, comme l’a constaté la Cour fédérale (au paragraphe 103), les modifications « mettent à jour l’ensemble d’outils de réglementation et des pouvoirs d’établir des rapports sur des renseignements afin de protéger de manière efficace les consommateurs canadiens contre des médicaments brevetés à un prix excessif ».

[23] Plus précisément, le gouverneur en conseil a retiré les États-Unis et la Suisse de la liste des pays de comparaison parce que, contrairement au Canada, ils ne disposent pas de mesures stratégiques qui limitent l’établissement libre du prix des médicaments brevetés vendus sur le marché libre. De l’avis du gouverneur en conseil, il s’agissait de comparateurs inaptes.

[24] Au vu de tous les éléments de preuve dont elle disposait, la Cour fédérale a conclu que l’adoption d’une liste de onze pays de comparaison ne constitue pas en soi une forme inappropriée de contrôle et de réglementation des prix. Tout ce qui se passe dans le cadre de ce changement est la collecte de renseignements sur les prix de sept à onze pays répertoriés, rien de plus. Le dépôt de renseignements comparatifs pour faciliter la tâche du Conseil dans la détermination du caractère excessif est, en soi, bénin. Si le Conseil utilise par la suite ces renseignements comparatifs pour fixer ou contrôler les prix — plutôt que pour contrôler les prix excessifs — une partie qui s’estime lésée peut établir, dans le cadre d’un contrôle judiciaire, que le Conseil a outrepassé sa compétence. En bref, la faute n’est pas dans la collecte des renseignements; si une faute est commise, ce sera plus tard, lorsque les renseignements seront mal utilisés.

[25] I agree with the Federal Court. What the Board does with the comparative information from the eleven countries—whether it uses it improperly for price regulation or properly for the policing of excessive pricing—comes later. The requirement to supply pricing information, by itself, says nothing about what the Board will do. As the Board once said in one of its decisions, “performing a comparison does not dictate a conclusion that must result from the comparison” and the same can be said for a requirement to submit pricing information as a prerequisite to the comparison: *Leo Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 306, 57 C.P.R. (4th) 174, [2007] 4 F.C.R. D-5, at paragraph 18, quoting the Board in that case.

(7) How we should assess the regulation in issue in this case

[26] This Court’s decision in *Portnov v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 171, [2021] 4 F.C.R. 501, requires us to follow the methodology in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, when assessing a challenge to the validity of regulations, not the methodology in *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810. The appellants add that *Portnov*, a unanimous decision of this Court, binds future panels of this Court. In oral argument, the Attorney General did not disagree.

[27] I agree with the appellants and, thus, will assess the regulation following the methodology in *Vavilov*. Under our law concerning horizontal *stare decisis*, we are bound to follow *Portnov* unless we are persuaded it is manifestly wrong or it can be distinguished: *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149, [2003] 3 F.C. D-16; *R. v. Sullivan*, 2022 SCC 19, [2022] 1 S.C.R. 460, 413 C.C.C. (3d) 447. The Attorney General does not argue that *Portnov* is manifestly wrong and does not try to distinguish it.

[25] Je partage l’avis de la Cour fédérale. Ce que le Conseil fait des renseignements comparatifs provenant des onze pays — qu’il les utilise à mauvais escient pour réglementer les prix ou à bon escient pour contrôler les prix excessifs — viendra plus tard. L’obligation de fournir des renseignements sur les prix ne dit rien, en soi, de ce que fera le Conseil. Ainsi que le Conseil l’a déjà indiqué dans l’une de ses décisions, [TRADUCTION] « même si une comparaison a été effectuée, il n’est pas obligatoire d’en adopter les conclusions » et on peut en dire autant de l’exigence de soumettre des renseignements sur les prix comme condition préalable à la comparaison : *Leo Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 306, [2007] A.C.F. n° 425 (QL), [2007] 4 R.C.F. F-2, au paragraphe 18, citant le Conseil dans cette décision.

7) Comment évaluer le règlement en litige en l’espèce?

[26] La décision de notre Cour intitulée *Portnov c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 171, [2021] 4 R.C.F. 501, nous oblige à suivre la méthodologie indiquée dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, lorsque nous évaluons une contestation de la validité d’un règlement, et non celle de l’arrêt *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810. Les appelantes ajoutent que l’arrêt *Portnov*, une décision unanime de notre Cour, lie les futures formations de la Cour. Lors de la plaidoirie, le procureur général n’était pas en désaccord.

[27] Je partage l’avis des appelantes et, par conséquent, j’évaluerai le règlement en suivant la méthodologie indiquée dans l’arrêt *Vavilov*. En vertu de notre droit concernant le *stare decisis* horizontal, nous sommes tenus de suivre l’arrêt *Portnov* à moins que nous soyons persuadés qu’il est manifestement erroné ou que ce précédent peut être écarté : *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370, [2002] A.C.F. n° 1375 (QL), [2003] 3 C.F. F-16; *R. c. Sullivan*, 2022 CSC 19, [2022] 1 R.C.S. 460, [2002] A.C.S. n° 19 (QL). Le procureur général ne soutient pas que l’arrêt *Portnov* est manifestement erroné et n’essaie pas d’écarter ce précédent.

[28] I note that some other courts have already applied *Portnov*, implicitly or explicitly, with approval: *Le v. British Columbia (Attorney General)*, 2022 BCSC 1146; *Pacific Wild Alliance v. British Columbia (Forests, Lands, Natural Resource Operations and Rural Development)*, 2022 BCSC 904, at paragraphs 68–75. As well, considerable academic commentary suggests that *Vavilov* has overtaken *Katz* and so *Portnov* is good law: see, for example, John Mark Keyes, “Judicial Review of Delegated Legislation—The Road Beyond *Vavilov*” (2022), 35 *C.J.A.L.P.* 69; Mark Mancini and Martin Olszynski, “Reviewing Regulations Post-*Vavilov*: *Ecology Action Centre v Canada* (Part II)” in *ABlawg* (blog), online: <http://ablawg.ca/wp-content/uploads/2021/12/Blog_MM_MO_Ecology_Action_Centre_2.pdf>; Paul Daly, “Regulations and Reasonableness Review” in *Administrative Law Matters* (29 January 2021), online: <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2021/01/29/regulations-and-reasonableness-review/>>.

[29] Recently, the Alberta Court of Appeal has declined to follow *Portnov*: *Auer v. Auer*, 2022 ABCA 375 (CanLII); *TransAlta Generation Partnership v. Alberta (Minister of Municipal Affairs)*, 2022 ABCA 381 (CanLII). The Alberta Court of Appeal suggests that *Katz*, not *Vavilov*, is the governing authority when we are dealing with regulations passed by the Governor in Council.

[30] This matters. Under *Vavilov*, as suggested in *Portnov*, we conduct reasonableness review of the decision to enact the regulation to change the comparator countries. Though the challenger bears the burden of proving that the decision is unreasonable under *Vavilov*, the challenger does not have to overcome a presumption the decision is reasonable. Under *Katz*, the challenger must overcome a presumption the regulation is valid: *Katz*, at paragraph 25. It can be overcome only if the regulation is “irrelevant”, “extraneous” or “completely unrelated” to the “statutory purpose”: *Katz*, at paragraphs 24 and 28. Reasonableness review does not enter into the matter at all. This is a “hyperdeferential” test, one unique in all of administrative law: Daly, “Regulations and Reasonableness Review”, above.

[28] Je note que d’autres tribunaux ont déjà appliqué l’arrêt *Portnov*, implicitement ou explicitement, et l’ont approuvé : *Le v. British Columbia (Attorney General)*, 2022 BCSC 1146; *Pacific Wild Alliance v. British Columbia (Forests, Lands, Natural Resource Operations and Rural Development)*, 2022 BCSC 904, aux paragraphes 68 à 75. De même, de nombreux commentaires doctrinaux indiquent que l’arrêt *Vavilov* l’emporte sur l’arrêt *Katz* et que l’arrêt *Portnov* est un précédent applicable : voir, par exemple, John Mark Keyes, « Judicial Review of Delegated Legislation—The Road Beyond *Vavilov* » (2022), 35 *C.J.A.L.P.* 69; Mark Mancini et Martin Olszynski, « Reviewing Regulations Post-*Vavilov*: *Ecology Action Centre v Canada* (Part II) » dans *ABlawg* (blogue), en ligne : <http://ablawg.ca/wp-content/uploads/2021/12/Blog_MM_MO_Ecology_Action_Centre_2.pdf>; Paul Daly, « Regulations and Reasonableness Review » dans *Administrative Law Matters* (29 janvier 2021), en ligne : <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2021/01/29/regulations-and-reasonableness-review/>>.

[29] Récemment, la Cour d’appel de l’Alberta a refusé de suivre l’arrêt *Portnov* : *Auer v. Auer*, 2022 ABCA 375 (CanLII); *TransAlta Generation Partnership v. Alberta (Minister of Municipal Affairs)*, 2022 ABCA 381 (CanLII). La Cour d’appel de l’Alberta indique que c’est l’arrêt *Katz*, et non l’arrêt *Vavilov*, qui fait jurisprudence lorsqu’il s’agit de règlements adoptés par le gouverneur en conseil.

[30] Cela a son importance. Selon l’arrêt *Vavilov*, comme l’indique l’arrêt *Portnov*, nous procédons à un examen du caractère raisonnable de la décision de promulguer le règlement visant à modifier les pays de comparaison. Bien que le contestataire ait la charge de prouver que la décision est déraisonnable selon l’arrêt *Vavilov*, il n’a pas à renverser la présomption que la décision est raisonnable. Selon l’arrêt *Katz*, le contestataire doit renverser la présomption que le règlement est valide : arrêt *Katz*, au paragraphe 25. Cette présomption ne peut être renversée que si le règlement repose sur des considérations « sans importance », qu’il est « non pertinent » ou « complètement étranger » à l’« objet de la loi » : arrêt *Katz*, aux paragraphes 24 et 28. L’examen du caractère raisonnable n’entre pas du tout en ligne de compte. Il s’agit d’un critère lié à l’[TRADUCTION]

[31] In the expectation that the Supreme Court may one day consider the question whether *Vavilov* or *Katz* should apply to regulations, I wish to offer a few words, beyond those already given in *Portnov*, in further support of *Portnov*.

[32] *Vavilov* tells us (at paragraph 143) to look first to it for the methodology we should follow. It also tells us that earlier cases, like *Katz*, remain good law only if they are consistent with it: see also *Portnov*, at paragraph 26. *Katz* is not consistent with *Vavilov*, as *Portnov* explains. This suggests that, as *Portnov* says, we must follow the methodology in *Vavilov*, not *Katz*.

[33] As well, the Supreme Court has recently doubled down on *Vavilov* in a way that supports *Portnov*: *Law Society of Saskatchewan v. Abrametz*, 2022 SCC 29, 470 D.L.R. (4th) 328. Before *Abrametz*, some thought that the *Vavilov* methodology applies only to administrators' substantive decisions, not their procedural decisions. But in *Abrametz*, the Supreme Court applied the *Vavilov* methodology to an administrator's procedural decision: see paragraphs 26–30. Evidently *Vavilov* applies to all administrative decisions, regardless of formal differences in their content. In fact, this trend has been underway for a long time. All sorts of administrative decisions, including many that create instruments said to be “law”, have been reviewed under *Vavilov* or its predecessor, *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, not *Katz*: *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135 (orders in council enacted by the Governor in Council); *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Service de calèches et traîneaux Lucky Luc c. Ville de Montréal*, 2022 QCCA 1610, at paragraphs 56–59; *Colchester County (Municipality) v. Colchester Containers Limited*, 2021 NSCA 53, at paragraphs 32–37; *1193652 B.C. Ltd. v. New Westminster*

« hyperretenue », unique dans tout le droit administratif : Daly, « Regulations and Reasonableness Review », précité.

[31] Dans l'espoir que la Cour suprême se penche un jour sur la question de savoir si c'est l'arrêt *Vavilov* ou l'arrêt *Katz* qui doit s'appliquer aux règlements, je souhaite formuler quelques remarques, en plus de celles déjà faites dans l'arrêt *Portnov*, pour soutenir davantage cette dernière décision.

[32] L'arrêt *Vavilov* nous enseigne (au paragraphe 143) que nous devons nous y référer d'abord pour la méthodologie à suivre. Il nous apprend aussi que les décisions antérieures, comme l'arrêt *Katz*, ne restent valables que si elles sont conformes à celui-là : voir aussi l'arrêt *Portnov*, au paragraphe 26. L'arrêt *Katz* n'est pas conforme à l'arrêt *Vavilov*, comme l'enseigne l'arrêt *Portnov*. Cela semble indiquer que, comme l'affirme l'arrêt *Portnov*, nous devons suivre la méthodologie énoncée dans l'arrêt *Vavilov*, et non celle de l'arrêt *Katz*.

[33] De plus, la Cour suprême a récemment confirmé l'arrêt *Vavilov* d'une manière qui va dans le sens de l'arrêt *Portnov* : *Law Society of Saskatchewan c. Abrametz*, 2022 CSC 29, [2022] A.C.S. n° 29 (QL). Avant l'arrêt *Abrametz*, certains estimaient que la méthodologie énoncée dans l'arrêt *Vavilov* ne s'appliquait qu'aux décisions de fond des administrateurs, et non à leurs décisions procédurales. Toutefois, dans l'arrêt *Abrametz*, la Cour suprême a appliqué la méthodologie indiquée dans l'arrêt *Vavilov* à la décision procédurale d'un administrateur : voir les paragraphes 26 à 30. Il est évident que l'arrêt *Vavilov* s'applique à toutes les décisions administratives, indépendamment des différences formelles dans leur contenu. En fait, cette tendance a cours depuis longtemps. Toutes sortes de décisions administratives, y compris celles qui créent des instruments qu'on appelle « textes législatifs », ont été examinées en vertu de l'arrêt *Vavilov* ou de son prédécesseur, l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, et non en vertu de l'arrêt *Katz* : *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135 (décrets adoptés par le gouverneur en conseil); *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Service de calèches et traîneaux*

(City), 2021 BCCA 176, at paragraphs 56–59 and *1120732 B.C. Ltd. v. Whistler (Resort Municipality)*, 2020 BCCA 101, 445 D.L.R. (4th) 448, at paragraphs 39 and 44–46 (municipal by-laws); *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635 (regulations made by an administrator); *Green v. Law Society of Manitoba*, 2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360 (rules made by an administrator). Just as the methodology in *Vavilov* applies to a whole range of administrative decisions, it applies to administrative decisions to make regulations.

[34] *Portnov* reminds us (at paragraph 23) that, in its real essence and true nature, a regulation is just like a municipal by-law, an order in council, an administrative rule, or an administrative ruling on the merits. Each creates compulsory obligations that, depending on what is being regulated, affect very many people or just a few. Each is the end-product of a substantive administrative decision made by an administrative decision maker. Each is subject to constraints and limits imposed by the statutory regime. On its own terms, *Vavilov* says it applies to decisions of that very sort. Indeed, *Vavilov* (at paragraph 66) refers specifically to regulations (at least those made by an administrative decision maker under delegated authority) and suggests that issues about their validity are closely connected to the interpretation of the regulation-making power, the review of which is done according to *Vavilov*: see also *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230, at paragraphs 38 and 111.

[35] Regulations, municipal by-laws, orders in council, administrative rules and administrative rulings on the merits *appear* to be different from each other but only if we fasten onto differences in form: each has its own, distinct,

Lucky Luc c. Ville de Montréal, 2022 QCCA 1610, aux paragraphes 56 à 59; *Colchester County (Municipality) v. Colchester Containers Limited*, 2021 NSCA 53, aux paragraphes 32 à 37; *1193652 B.C. Ltd. v. New Westminster (City)*, 2021 BCCA 176, aux paragraphes 56 à 59 et *1120732 B.C. Ltd. v. Whistler (Resort Municipality)*, 2020 BCCA 101, 445 D.L.R. (4th) 448, aux paragraphes 39 et 44 à 46 (règlements municipaux); *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635 (règlements pris par un administrateur); *Green c. Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360 (règles prises par un administrateur). Tout comme la méthodologie indiquée dans l'arrêt *Vavilov* s'applique à toute une série de décisions administratives, elle s'applique aux décisions administratives qui consistent à prendre des règlements.

[34] L'arrêt *Portnov* nous rappelle (au paragraphe 23) que, dans son essence réelle et sa véritable nature, un règlement est tout comme un règlement municipal, un décret, une règle administrative ou une décision administrative sur le fond. Chacun de ces instruments crée des impératifs qui, en fonction de ce qui est réglementé, touchent de très nombreuses personnes ou seulement quelques-unes d'entre elles. Chacun est le produit final d'une décision administrative de fond prise par un décideur administratif. Chacun est assujéti aux contraintes et aux limites imposées par le régime législatif. Dans le contexte qui lui est propre, l'arrêt *Vavilov* indique qu'il s'applique précisément à des décisions de ce type. En effet, l'arrêt *Vavilov* (au paragraphe 66) renvoie expressément aux règlements (du moins ceux pris par un décideur administratif en vertu d'un pouvoir délégué) et indique que les questions relatives à leur validité sont étroitement liées à l'interprétation du pouvoir de réglementation, dont l'examen se fait selon l'arrêt *Vavilov* : voir également *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230, aux paragraphes 38 et 111.

[35] Les règlements, les règlements municipaux, les décrets, les règles administratives et les décisions administratives sur le fond *semblent* être différents les uns des autres, mais seulement si l'on s'attache aux différences

formal label and each may have different, formal prerequisites for enactment. But in administrative law, in developing our methodologies, too often we have fastened onto differences in form. We have developed different rules for matters that, in their real essence and true nature, are substantially the same. The result? Unnecessary complexity, confusion and incoherence.

[36] *Vavilov* says this judicial fastening onto differences in form must stop. Complexity, confusion and incoherence must be replaced with simplicity, clarity and coherence: *Vavilov*, at paragraphs 7 and 10. These are furthered if we use the same methodology—the methodology in *Vavilov*—to review matters that, in their real essence and true nature, are substantially the same.

[37] The majority of the Alberta Court of Appeal in *Auer* offers (at paragraph 63) the view that regulations, particularly those by the Governor in Council, are different and must be treated differently because they are “law-making”. This harkens back to the law decades ago, now thoroughly discredited, that administrative decisions should be reviewed differently depending on whether they fall into the formal categories of “legislative”, “quasi-judicial” or “judicial”: see the cases cited in *Portnov*, at paragraphs 21–22.

[38] That view also overlooks the fact that orders in council enacted by the Governor in Council, municipal by-laws, administrative rules and some administrative rulings on the merits are all instances of “law-making”. And, as mentioned in paragraph 33 above, the Supreme Court has said that each of these instances of “law-making” are to be reviewed using *Vavilov* (or its predecessor, *Dunsmuir*), not *Katz*.

de forme : chacun se voit apposer sa propre étiquette officielle distincte et chacun peut être assujéti à des conditions officielles différentes pour être promulgué. Mais en droit administratif, en développant nos méthodologies, nous nous sommes trop souvent attachés à des différences de forme. Nous avons élaboré des règles différentes pour des questions qui, dans leur essence réelle et leur véritable nature, sont essentiellement les mêmes. Ce que cela signifie? Complexité, confusion et incohérence inutiles.

[36] Selon l’arrêt *Vavilov*, il faut mettre fin à cet attachement qu’ont les tribunaux aux différences de forme. La complexité, la confusion et l’incohérence doivent être remplacées par la simplicité, la clarté et la cohérence : arrêt *Vavilov*, aux paragraphes 7 et 10. Ces caractéristiques sont renforcées si nous utilisons la même méthodologie — celle enseignée dans l’arrêt *Vavilov* — pour examiner des questions qui, dans leur essence réelle et leur véritable nature, sont substantiellement les mêmes.

[37] La majorité de la Cour d’appel de l’Alberta dans l’arrêt *Auer* est d’avis (au paragraphe 63) que les règlements, particulièrement ceux du gouverneur en conseil, sont différents et doivent être traités différemment parce qu’ils constituent des « actes de légiférer ». Cela nous ramène au droit d’il y a plusieurs décennies, aujourd’hui totalement discredité, selon lequel les décisions administratives devraient être examinées différemment selon qu’elles entraient ou non dans les catégories officielles suivantes : « législatives », « quasi judiciaires » ou « judiciaires » : voir les décisions invoquées dans l’arrêt *Portnov*, aux paragraphes 21 et 22.

[38] Ce point de vue néglige également le fait que les décrets promulgués par le gouverneur en conseil, les règlements municipaux, les règles administratives et certaines décisions administratives sur le fond sont tous des exemples d’« actes de légiférer ». Et, comme nous l’avons mentionné au paragraphe 33 ci-dessus, la Cour suprême a déclaré que chacun de ces exemples d’« actes de légiférer » doivent être examinés à l’aune de l’arrêt *Vavilov* (ou de son prédécesseur, l’arrêt *Dunsmuir*), et non de l’arrêt *Katz*.

[39] I sympathize somewhat with the underlying motivation of the Supreme Court in *Katz* and the Alberta Court of Appeal's application of *Katz* in the two recent cases: for good reasons based on the separation of powers between the judiciary and the executive, courts should not lightly interfere with decision making by the Governor in Council, especially when its policy content is high. But the Supreme Court in the later case of *Vavilov*, sensitive to context, says the same thing. Under *Vavilov*, the broader the regulation-making power in a statute, particularly in matters of policy that are quintessentially the preserve of the executive, the less constrained the regulation-maker will be in enacting the regulation: *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2020 FCA 100, [2021] 1 F.C.R. 374, at paragraph 28 (applying *Vavilov* and earlier cases consistent with it), aff'd 2022 SCC 30, [2022] 2 S.C.R. 303.

[40] This is especially so for the Governor in Council. The Governor in Council is “at the apex of the executive”, serves as “the grand co-ordinating body for the divergent provincial, sectional, religious, racial and other interests throughout the nation”, and represents “different geographic, linguistic, religious, and ethnic groups”: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Canadian Council for Refugees*, 2021 FCA 72, [2021] 3 F.C.R. 294, 458 D.L.R. (4th) 125, at paragraphs 36–38. Thus, subject to limiting statutory language passed by our elected representatives, the Governor in Council's regulation-making power is often relatively unconstrained. The key is the limiting statutory language. *Vavilov* goes straight to that key, focusing on what meanings the language of the regulation-making power can reasonably bear. *Katz* doesn't. It focuses on matters of form, namely, the nature of the instrument being enacted, a regulation, and the maker of the instrument, the Governor in Council. Then it asks only one thing: whether the regulation, presumed to be valid, is so “irrelevant”, “extraneous” or “completely unrelated” to the “statutory purpose” that it must be struck.

[39] Je sympathise quelque peu avec la motivation sous-jacente de la Cour suprême dans l'arrêt *Katz* et avec l'application de cet arrêt par la Cour d'appel de l'Alberta dans les deux arrêts récents : pour de bonnes raisons fondées sur la séparation des pouvoirs entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif, les tribunaux ne devraient pas s'immiscer à la légère dans la prise de décision du gouverneur en conseil, surtout lorsque son contenu politique est élevé. Mais, dans l'arrêt ultérieur *Vavilov*, la Cour suprême, sensible au contexte, dit la même chose. L'arrêt *Vavilov* nous enseigne que, plus le pouvoir de réglementation en vertu d'une loi est large, particulièrement en ce qui concerne les questions de politique qui sont essentiellement du ressort du pouvoir exécutif, moins l'autorité réglementaire sera contrainte d'adopter le règlement : *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2020 CAF 100, [2021] 1 R.C.F. 374, au paragraphe 28 (application de l'arrêt *Vavilov* et des décisions antérieures conformes à celui-ci), conf. par 2022 CSC 30, [2022] 2 R.C.S. 303.

[40] Ceci est particulièrement vrai pour le gouverneur en conseil. Le gouverneur en conseil est situé « à la cime du pouvoir exécutif », sert de « grand ordonnateur des intérêts divergents provinciaux, transversaux, religieux, raciaux et autres dans le pays » et représente « divers groupes géographiques, linguistiques, religieux et ethniques » : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Conseil canadien pour les réfugiés*, 2021 CAF 72, [2021] 3 R.C.F. 294, aux paragraphes 36 à 38. Ainsi, sous réserve des dispositions législatives limitatives adoptées par nos représentants élus, le pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil est souvent relativement libre de toute contrainte. L'élément clé est le libellé limitatif des dispositions législatives. L'arrêt *Vavilov* vise directement cet élément, en se concentrant sur les significations que le libellé du pouvoir de réglementation peut raisonnablement revêtir. Ce n'est pas le cas de l'arrêt *Katz*. Cet arrêt se concentre sur des questions de forme, à savoir la nature de l'instrument édicté, un règlement, et l'auteur de l'instrument, le gouverneur en conseil. Ensuite, il ne pose qu'une seule question, à savoir si le règlement, présumé valide, repose à ce point sur des considérations « sans importance », qu'il est « non pertinent » ou « complètement étranger » à l'« objet de la loi » qu'il doit être annulé.

[41] This difference between *Vavilov* and *Katz* can lead to drastically different results. Take a regulation passed by the Governor in Council. Suppose it is not “irrelevant”, “extraneous” or “completely unrelated” to the “statutory purpose”. But suppose, for reasons based on statutory interpretation principles applied by courts for decades, it cannot be supported on any reasonable interpretation of the regulation-making power in the statute. *Katz* would allow the regulation to stay on the books. *Vavilov* would strike it down.

[42] With that circumstance in mind, we can see that preferring *Vavilov* over *Katz* is not about furthering judicial interventionism or being “seduced by... [*Portnov*’s] reasoning”: *Auer*, at paragraphs 61–63. It is about maintaining balance in the separation of powers and ensuring that all holders of public powers are accountable to the law: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Tennant*, 2018 FCA 132, at paragraphs 23–24, [2018] 4 F.C.R. D-15.

[43] Finally, so far, two academic commentaries criticize the recent decisions of the Alberta Court of Appeal and support *Portnov*: Paul Daly, “Resisting which Siren’s Call? *Auer v Auer*, 2022 ABCA 375 and *TransAlta Generation Partnership v Alberta* (Minister of Municipal Affairs), 2022 ABCA 381” in *Administrative Law Matters* (blog), online: <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2022/11/24/resisting-which-sirens-call-auer-v-auer-2022-abca-375-and-transalta-generation-partnership-v-alberta-minister-of-municipal-affairs-2022-abca-381/>>; Mark Mancini, “Simplicity in the Law of Judicial Review of Regulations: *Auer* and *TransAlta*” in *Double Aspect* (blog), online: <<https://doubleaspect.blog/2022/11/27/simplicity-in-the-law-of-judicial-review-of-regulations-auer-and-transalta/>>.

[41] Cette différence entre l’arrêt *Vavilov* et l’arrêt *Katz* peut conduire à des résultats radicalement différents. Prenez un règlement adopté par le gouverneur en conseil. Supposons qu’il ne repose pas sur des considérations « sans importance », qu’il n’est pas « non pertinent » ou « complètement étranger » à l’« objet de la loi ». Mais supposons que, pour des raisons fondées sur les principes d’interprétation des lois appliqués par les tribunaux depuis des décennies, il ne puisse être soutenu par aucune interprétation raisonnable du pouvoir de réglementation prévu par la loi. L’arrêt *Katz* permettrait à la réglementation de demeurer en vigueur. L’arrêt *Vavilov* l’annulerait.

[42] En gardant cette circonstance à l’esprit, nous pouvons voir que privilégier l’arrêt *Vavilov* par rapport à l’arrêt *Katz* n’a pas pour but de favoriser l’interventionnisme judiciaire ou de faire en sorte qu’on soit [TRANSDUCTION] « séduit par... [le] raisonnement [utilisé dans l’arrêt *Portnov*] » : arrêt *Auer*, aux paragraphes 61 à 63. Il s’agit de maintenir l’équilibre dans la séparation des pouvoirs et de veiller à ce que tous les détenteurs de pouvoirs publics soient responsables devant la loi : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Tennant*, 2018 CAF 132, aux paragraphes 23 et 24, [2018] 4 R.C.F. F-19.

[43] Enfin, jusqu’à présent, deux commentaires doctrinaux critiquent les décisions récentes de la Cour d’appel de l’Alberta et soutiennent l’arrêt *Portnov* : Paul Daly, « Resisting which Siren’s Call? *Auer v Auer*, 2022 ABCA 375 and *TransAlta Generation Partnership v Alberta* (Minister of Municipal Affairs), 2022 ABCA 381 » dans *Administrative Law Matters* (blogue), en ligne : <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2022/11/24/resisting-which-sirens-call-auer-v-auer-2022-abca-375-and-transalta-generation-partnership-v-alberta-minister-of-municipal-affairs-2022-abca-381/>>; Mark Mancini, « Simplicity in the Law of Judicial Review of Regulations: *Auer* and *TransAlta* » dans *Double Aspect* (blogue), en ligne : <<https://doubleaspect.blog/2022/11/27/simplicity-in-the-law-of-judicial-review-of-regulations-auer-and-transalta/>>.

(8) Applying the methodology in *Vavilov* (as *Portnov* suggests)

[44] Under *Vavilov*, the presumptive standard of review is reasonableness. When we conduct reasonableness review, we are to assess the constraints on the administrative decision maker and whether the decision maker has remained within them, with the focus on any reasons given by the decision maker. The primary constraint on an administrative decision maker is its empowering legislation. In this case, the empowering legislation is the regulation-making power in subsection 101(1) of the *Patent Act*, as understood in light of section 85 and the purposes underlying that section and the Act as a whole, as shaped by the constitutional limits of the federal power over patents. In this case, the Governor in Council had to interpret the scope of the regulation-making power and enact a regulation that, in its reasonable view, was within that power.

[45] Here, because no exception set out in *Vavilov* to reasonableness review applies, the standard of review is reasonableness.

[46] The Federal Court found that the Governor in Council reasonably enacted the regulation changing the list of comparator countries. I agree with the Federal Court. For the reasons set out in sections (4) to (6) of these reasons and following *Vavilov*, I conclude that the decision to enact the amendment changing the list of comparator countries is based on a reasonable interpretation of the regulation-making power in subsection 101(1) of the *Patent Act*, a power that, on an analysis of text, context and purpose, can be viewed as relatively unconstrained. It is reasonable to conclude that it is consistent with section 85 and the *Patent Act* and their purposes, as shaped by subsection 91(22) of the *Constitution Act, 1867*. Reasonableness is enhanced by the consistency with judicial decisions on those matters.

8) Application de la méthodologie utilisée dans l'arrêt *Vavilov* (comme l'indique l'arrêt *Portnov*)

[44] Selon l'arrêt *Vavilov*, la norme de contrôle qui est présumée s'appliquer en l'espèce est celle de la décision raisonnable. Lorsque nous procédons à un examen du caractère raisonnable, nous devons évaluer les contraintes qui pèsent sur le décideur administratif et déterminer si celui-ci les a respectées, en mettant l'accent sur les motifs donnés par le décideur. La première contrainte qui pèse sur un décideur administratif est la disposition législative qui lui donne compétence. En l'espèce, la disposition législative est le pouvoir de réglementation du paragraphe 101(1) de la *Loi sur les brevets*, tel qu'il est compris à la lumière de l'article 85 et de l'objet sous-jacent à cet article et à la Loi dans son ensemble, tel qu'ils sont façonnés par les limites constitutionnelles du pouvoir fédéral sur les brevets. En l'espèce, le gouverneur en conseil devait interpréter la portée du pouvoir de réglementation et adopter un règlement qui, à son avis raisonnable, relevait de ce pouvoir.

[45] Dans la cause qui nous intéresse, étant donné qu'aucune exception à l'examen du caractère raisonnable énoncée dans l'arrêt *Vavilov* ne s'applique, la norme d'examen est la norme de la décision raisonnable.

[46] La Cour fédérale a estimé que le gouverneur en conseil a raisonnablement édicté le règlement modifiant la liste des pays de comparaison. Je suis du même avis que la Cour fédérale. Pour les motifs exposés aux sections 4) à 6) des présents motifs et suivant l'arrêt *Vavilov*, je conclus que la décision d'adopter la modification de la liste des pays de comparaison est fondée sur une interprétation raisonnable du pouvoir de réglementation prévu au paragraphe 101(1) de la *Loi sur les brevets*, un pouvoir qui, selon une analyse du texte, du contexte et de l'objet, peut être considéré comme relativement peu contraignant. Il est raisonnable de conclure qu'elle est conforme à l'article 85 et à la *Loi sur les brevets* et à leurs objets, tels qu'ils sont définis par le paragraphe 91(22) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le caractère raisonnable est renforcé par la cohérence avec les décisions judiciaires sur ces questions.

[47] As the Federal Court noted (at paragraph 136), the regulation-making authority conferred on the Governor in Council by subsection 101(1) of the *Patent Act* is broad. That authority, reasonably construed, supports the change to the list of comparator countries.

[48] Reasonableness also requires that a reviewing court can discern a reasoned explanation of the decision. In this case, a reasoned explanation can be discerned from the Regulatory Impact Analysis Statement: modernization, as explained above. Statements such as these are a commonly accepted source of reasons behind decisions made by the Governor in Council: *Portnov*, at paragraph 34; *Coldwater First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2020 FCA 34, [2020] 3 F.C.R. 3; *Canada (Minister of Transport, Infrastructure and Communities) v. Jagjit Singh Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006.

[49] Even if, contrary to the reasoning in *Portnov*, *Katz* remains good law and must be applied instead of *Vavilov*, the result in this case would be the same.

[50] As mentioned in paragraph 30 above, *Katz* adopts a “hyperdeferential” approach to the challenge of regulations. If the appellants’ challenge fails under reasonableness review in *Vavilov*, it must surely fail under the far more deferential, more immunizing standard set out in *Katz*.

(9) Other submissions advanced by the appellants

[51] The appellants suggest that the Governor in Council’s decision to change the list of comparator countries was unreasonable because it was done for an improper purpose: a purpose extraneous to section 85 and the *Patent Act* and a purpose beyond federal powers. The improper purpose is said to be the reduction of the price

[47] Comme l’a noté la Cour fédérale (au paragraphe 136), le pouvoir de réglementation conféré au gouverneur en conseil par le paragraphe 101(1) de la *Loi sur les brevets* est large. Ce pouvoir, interprété raisonnablement, soutient la modification de la liste des pays de comparaison.

[48] La norme de la décision raisonnable exige également qu’une cour de révision puisse discerner une explication raisonnée de la décision. En l’espèce, une explication motivée peut être discernée dans le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation : la modernisation, comme il est expliqué ci-dessus. Les déclarations de ce genre sont une source communément acceptée des motifs des décisions prises par le gouverneur en conseil : arrêt *Portnov*, au paragraphe 34; *Première nation de Coldwater c. Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 34, [2020] 3 R.C.F. 3; *Canada (Ministre des Transports, de l’Infrastructure et des Collectivités) c. Jagjit Singh Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006.

[49] Même si, contrairement au raisonnement de l’arrêt *Portnov*, l’arrêt *Katz* demeure valable et doit être appliqué à la place de l’arrêt *Vavilov*, le résultat en l’espèce serait le même.

[50] Comme il est mentionné au paragraphe 30 ci-dessus, l’arrêt *Katz* adopte une approche dite d’[TRADUCTION] « hyperretenue » de la contestation des règlements. Si la contestation des appelantes a échoué dans le cadre de l’examen selon la norme de la décision raisonnable établie dans l’arrêt *Vavilov*, elle doit certainement échouer dans le cadre de l’examen selon la norme beaucoup plus déférente et restrictive établie dans l’arrêt *Katz*.

9) Autres observations avancées par les appelantes

[51] Les appelantes indiquent que la décision du gouverneur en conseil de modifier la liste des pays de comparaison était déraisonnable parce qu’elle a été prise dans un but inapproprié : un but étranger à l’article 85 et à la *Loi sur les brevets* et qui dépasse les pouvoirs fédéraux. Le but inapproprié serait la réduction du prix des

of medicines generally in order to deliver health care savings and to pave the way for national pharmacare.

[52] No doubt an administrative decision to make a regulation or other instrument under a statute for reasons extraneous to its terms or purposes would be unreasonable: see, e.g., *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710, [2021] 1 F.C.R. D-2 (an administrative decision maker fettering its discretion rather than having regard to governing legislation acts unreasonably).

[53] In support of their improper purpose submission, the appellants cite a letter written by the federal Minister of Health in May 2017. That letter speaks of “improving the affordability, accessibility and appropriate use of prescription drugs” and “lowering high drug prices” by modernizing “the regulatory framework that guides the work of the Patented Medicine Prices Review Board”. The appellants also cite a May 2017 Health Canada consultation document. It states that the federal government is “firmly committed” to the work of improving “the affordability, accessibility and appropriate use of prescription drugs” to “better meet health care system needs” and is “taking action to significantly lower the cost of prescription drugs”. That document adds that the Board’s “current regulatory framework does not provide it with adequate tools to effectively protect Canadians from excessive prices, or for optimal price setting in today’s pharmaceutical environment”.

[54] The appellants also cite a statement made by the Minister of Health in the House of Commons in June 2019. There, the Minister announced that the government was in the process of “modernizing the Patented Medicine Prices Review Board in order to once again make sure we lower the cost of drugs”: *House of Commons Debates*,

médicaments en général afin de réaliser des économies dans le domaine des soins de santé et d’ouvrir la voie à une assurance-médicaments nationale.

[52] Il ne fait aucun doute qu’une décision administrative de prendre un règlement ou un autre instrument en vertu d’une loi pour des raisons étrangères à ses dispositions ou à son objet serait déraisonnable : voir, par exemple, l’arrêt *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299, [2012] 1 R.C.F. F-3 (un décideur administratif qui entrave son pouvoir discrétionnaire au lieu de tenir compte de la législation applicable agit de manière déraisonnable).

[53] À l’appui de leur argument de finalité inappropriée, les appelantes invoquent une lettre écrite par le ministre fédéral de la Santé en mai 2017. Cette lettre parle d’[TRADUCTION] « améliorer l’abordabilité, l’accessibilité et l’utilisation appropriée des médicaments sur ordonnance » et de [TRADUCTION] « réduire les prix élevés des médicaments » en modernisant [TRADUCTION] « le cadre réglementaire qui guide le travail du Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés ». Les appelantes invoquent également un document de consultation de Santé Canada de mai 2017. Il indique que le gouvernement fédéral est [TRADUCTION] « fermement engagé » dans le travail visant à améliorer [TRADUCTION] « l’abordabilité, l’accessibilité et l’utilisation appropriée des médicaments d’ordonnance » afin de [TRADUCTION] « mieux répondre aux besoins du système de soins de santé » et qu’il [TRADUCTION] « prend des mesures pour réduire considérablement le coût des médicaments d’ordonnance ». On a ajouté dans ce document que le [TRADUCTION] « cadre réglementaire actuel du Conseil ne lui fournit pas les outils adéquats pour protéger efficacement les Canadiens contre les prix excessifs ou pour fixer de manière optimale les prix dans l’environnement pharmaceutique actuel ».

[54] Les appelantes invoquent également une déclaration faite par le ministre de la Santé à la Chambre des communes en juin 2019. Le ministre y a annoncé que le gouvernement était en train de « moderniser le Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés afin de réduire le prix des médicaments » : *Débats de la Chambre*

42nd Parl., 1st Sess., Vol. 148, No. 433 (June 13, 2019) (Hon. Geoff Regan), at page 29061.

[55] The Federal Court did not place much weight on this evidence. And neither should we.

[56] The lowering of the overall cost of medicines, thereby resulting in savings to the public purse, is a natural consequence of the amendments which were passed to modernize this regulatory regime. The Regulatory Impact Analysis Statement quite candidly admits this natural consequence: the amendments “contribute to the Government’s commitment [to improve the accessibility, affordability, and appropriate use of medicines] by lowering the prices of patented medicines in Canada”: Regulatory Impact Analysis Statement, at page 5949. And that statement is true: legitimately rolling back excessive prices of medicines under section 85 of the *Patent Act* will tend to reduce the cost of those medicines, thereby reducing the impact on the public purse.

[57] But, as the Federal Court stated (at paragraph 103), an honest recognition that the amendments may cause overall cost savings as a natural consequence of the measure does not mean that that is the pith and substance of the amendments. As the Federal Court found, for the reasons it gave, the purpose is the modernization of tools the Board uses to police the excessive pricing of patented medicines.

[58] It is important not to confuse the motive, policy and politics behind a regulation with its pith and substance: *Thorne’s Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106, at page 112; *Katz*, at paragraphs 27–28.

[59] Evidence of motive, policy and politics may be more relevant where a party alleges that the decision to enact a regulation, supposedly prompted by a legislatively authorized, constitutional purpose, is colourable. This is a most serious allegation: an artifice has been

des communes, 42^e lég., 1^{re} sess., vol. 148, n^o 433 (13 juin 2019) (l’hon. Geoff Regan), à la page 29061.

[55] La Cour fédérale n’a pas accordé beaucoup de poids à cet élément de preuve. Et nous ne devrions pas le faire non plus.

[56] La baisse du coût global des médicaments, qui se traduit par des économies pour le trésor public, est une conséquence naturelle des modifications qui ont été adoptées pour moderniser ce régime réglementaire. Cette conséquence naturelle est admise très franchement dans le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation : les modifications « contribuent à l’engagement du gouvernement [d’améliorer l’accessibilité, l’abordabilité et l’utilisation appropriée des médicaments] en baissant les prix des médicaments brevetés au Canada » : Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, à la page 5949. Et cette affirmation est exacte : le fait de réduire légitimement les prix excessifs des médicaments en vertu de l’article 85 de la *Loi sur les brevets* aura tendance à réduire le coût de ces médicaments, réduisant ainsi l’incidence sur les finances publiques.

[57] Mais, comme l’a déclaré la Cour fédérale (au paragraphe 103), le fait de reconnaître honnêtement que les modifications peuvent entraîner des économies globales en tant que conséquence naturelle de la mesure ne signifie pas que c’est là le caractère véritable des modifications. Comme l’a conclu la Cour fédérale, pour les raisons qu’elle a données, l’objectif est de moderniser les outils que le Conseil utilise pour contrôler les prix excessifs des médicaments brevetés.

[58] Il est important de ne pas confondre le motif, les fins économiques et la politique qui sous-tendent un règlement avec son caractère véritable : *Thorne’s Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106, à la page 112; arrêts *Katz*, aux paragraphes 27 et 28.

[59] La preuve du motif, des fins économiques et de la politique peut être plus pertinente lorsqu’une partie allègue que la décision de promulguer un règlement, censée être motivée par un objectif constitutionnel autorisé par la loi, peut être teintée. Il s’agit d’une allégation très

created to camouflage or disguise a true purpose that is beyond the legislative or constitutional authority of the decision maker. This, “incidentally”, seems to be the only basis for attacking regulations under *Katz*. It is a narrow one.

[60] To prove this, only the clearest evidence will suffice: for examples where the evidence was clear enough, see *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, 16 D.L.R. (2d) 689, *Multi-Malls Inc. et al. and Minister of Transportation and Communications et al.* (1977), 14 O.R. (2d) 49, 73 D.L.R. (3d) 18 (C.A.), and *Doctors Hospital and Minister of Health et al.* (1977), 12 O.R. (2d) 164, 68 D.L.R. (3d) 220 (Div. Ct.). The Federal Court was not persuaded that the evidence was sufficiently persuasive to prove colourability, and neither should we.

[61] General aspirational statements offered by politicians, such as many of the statements about the government’s general policies or objectives the appellants offered in this case, offer little help. Caution must be exercised when relying on “what some politicians may have said about [legislative purposes and motives] at some place, at some time, for whatever reason”: *Alexion*, at paragraph 53, citing *Schmidt v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 55, [2019] 2 F.C.R. 376, at paragraph 31; see also *Williams v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 252, [2018] 4 F.C.R. 174, at paragraphs 50–51. This is especially so where the statements are made in politically fraught or controversial circumstances. The Supreme Court has observed that “[s]tatements of purpose in the legislative record may be rhetorical and imprecise” and “[d]econtextualized statements by members of Parliament can be poor indicators of ... purpose”: *R. v. Sharma*, 2022 SCC 39, 165 O.R. (3d) 398, at paragraph 89, citing *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392, at paragraphs 67–68 and *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, 120 D.L.R. (4th) 348, at page 788 S.C.R.; see also *Mohr v. National Hockey League*, 2022 FCA 145, [2021] 4 F.C.R. 465, at paragraph 63. And, of course, statements by persons other than the administrative decision maker, by themselves, say little

grave : un artifice a été créé pour camoufler ou déguiser un véritable objectif qui dépasse l’autorité législative ou constitutionnelle du décideur. Ceci, [TRADUCTION] « incidemment », semble être le seul fondement pour contester les règlements selon l’arrêt *Katz*. Et il est étroit.

[60] Pour établir ce fondement, seule la preuve la plus probante suffira : à titre d’exemples où la preuve était suffisamment probante, voir l’arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, 16 D.L.R. (2d) 689, l’arrêt *Multi-Malls Inc. et al. and Minister of Transportation and Communications et al.* (1977), 14 O.R. (2d) 49, 73 D.L.R. (3d) 18 (C.A.), et l’arrêt *Doctors Hospital and Minister of Health et al.* (1977), 12 O.R. (2d) 164, 68 D.L.R. (3d) 220 (C. div.). La Cour fédérale n’a pas été convaincue que les éléments de preuve étaient suffisamment convaincants pour établir le motif déguisé, et nous ne devrions pas non plus l’être.

[61] Les déclarations générales ambitieuses offertes par les politiciens, comme bon nombre des déclarations sur les politiques ou les objectifs généraux du gouvernement que les appelantes ont fournies en l’espèce, ne sont pas d’un grand secours. Il faut faire preuve de prudence lorsqu’on se fie à ce que « des politiciens peuvent avoir dit [à l’égard des objectifs et des motifs législatifs] en un lieu précis et à un moment précis, quelle qu’en soit la raison » : arrêt *Alexion*, au paragraphe 53, renvoyant à l’arrêt *Schmidt c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 55, [2019] 2 R.C.F. 376, au paragraphe 31; voir également l’arrêt *Williams c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 252, [2018] 4 R.C.F. 174, aux paragraphes 50 et 51. C’est particulièrement le cas lorsque les déclarations sont faites dans des circonstances politiquement tendues ou controversées. La Cour suprême a fait observer que « [d]ans un dossier législatif, l’énoncé de l’objet peut se révéler rhétorique et imprécis » et que « [c]itées hors de leur contexte, les déclarations faites par les députés peuvent s’avérer de mauvais indicateurs de l’intention [...] » : *R. c. Sharma*, 2022 CSC 39, au paragraphe 89, renvoyant à l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392, aux paragraphes 67 et 68 et à l’arrêt *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, [1994] A.C.S. n° 101 (QL), à la page 788; voir aussi

about the purposes behind the decision, unless there is some persuasive tie to the decision maker.

[62] The Federal Court offered many of the above points in support of its view that this portion of the amendments was valid and that much of the extraneous evidence the appellants offered was of no relevance or weight (at paragraphs 99–104 and 154–162). It concluded (at paragraph 162) that the “Governor in Council’s decision to amend the basket of comparator countries is ... reasonable”. I agree with this conclusion and much of the Federal Court’s analysis.

(10) Conclusion on the appeal

[63] For the foregoing reasons, I conclude that the appellant’s challenge to the regulation changing the list of comparator countries must fail. The Governor in Council’s decision to make the regulation was reasonable.

(11) Conclusion on the cross-appeal

[64] A cross-appeal is also before the Court. It concerns two other aspects of the amendments: the additional factors to be considered, and the taking into account of discounts and rebates: namely, items (1) and (2) in paragraph 2, above.

[65] As mentioned at the outset of these reasons, those issues are now moot and the parties say we should not determine them. I agree.

C. Proposed disposition

[66] Therefore, I would dismiss the appeal with costs. I would dismiss the cross-appeal for mootness and would make no order as to costs.

LOCKE J.A.: I agree

Mohr c. Ligue nationale de hockey, 2022 CAF 145, [2021] 4 R.C.F. 465, au paragraphe 63. Et, bien sûr, les déclarations de personnes autres que le décideur administratif, en elles-mêmes, ne disent pas grand-chose sur l’objet qui sous-tend la décision, à moins qu’il n’y ait un lien persuasif avec le décideur.

[62] La Cour fédérale a présenté plusieurs des points mentionnés ci-dessus à l’appui de son opinion selon laquelle cette partie des modifications était valide et qu’une grande partie de la preuve extrinsèque présentée par les appelantes n’était ni pertinente ni valable (aux paragraphes 99 à 104 et 154 à 162). Elle a conclu (au paragraphe 162) que la « décision du gouverneur en conseil de modifier l’ensemble des pays de comparaison est [...] raisonnable ». Je suis d’accord avec cette conclusion et une grande partie de l’analyse de la Cour fédérale.

10) Conclusion sur l’appel

[63] Pour les motifs qui précèdent, je conclus que l’appel interjeté par les appelantes contre le règlement modifiant la liste des pays de comparaison doit être rejeté. La décision du gouverneur en conseil de prendre ce règlement était raisonnable.

11) Conclusion sur l’appel incident

[64] La Cour est également saisie d’un appel incident. Il concerne deux autres aspects des modifications : les facteurs supplémentaires à prendre en considération et la prise en compte des remises et réductions, à savoir les points 1) et 2) du paragraphe 2 ci-dessus.

[65] Comme nous l’avons mentionné au début des présents motifs, ces questions sont maintenant sans objet et les parties disent que nous ne devrions pas les trancher. J’abonde dans ce sens.

C. Conclusion proposée

[66] Par conséquent, je rejetterais l’appel avec dépens. Je rejetterais l’appel incident en raison de son caractère théorique et je n’adjugerais aucuns dépens.

LE JUGE LOCKE, J.C.A. : Je suis d’accord.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[67] WOODS J.A. (concurring reasons): Since *Portnov v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 171 binds this Court, I need not express a view on paragraphs 28–43 of my colleague’s reasons. Also, as my colleague says at paragraphs 49–50 of his reasons, the regulation is valid even under *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810. I otherwise concur.

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

[67] LA JUGE WOODS, J.C.A. (motifs concordants) : Puisque l’arrêt *Portnov c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 171 lie notre Cour, je n’ai pas à me prononcer sur les paragraphes 28 à 43 des motifs de mon collègue. De plus, comme le dit mon collègue aux paragraphes 49 et 50 de ses motifs, le règlement est valable même aux termes de l’arrêt *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810. Je souscris par ailleurs aux présents motifs.

T-1662-17
2022 FC 1443

T-1662-17
2022 CF 1443

**Crocs Canada, Inc. and Crocs Inc. (Plaintiffs/
Defendants by Counterclaim)**

**Crocs Canada, Inc. et Crocs Inc. (demanderesse/
défenderesses reconventionnelles)**

v.

c.

**Double Diamond Distribution Ltd. (Defendant/Plaintiff
by Counterclaim)**

**Double Diamond Distribution Ltd. (défenderesse/
demanderesse reconventionnelle)**

**INDEXED AS: CROCS CANADA INC. v. DOUBLE DIAMOND
DISTRIBUTION LTD.**

**RÉPERTORIÉ: CROCS CANADA INC. c. DOUBLE DIAMOND
DISTRIBUTION LTD.**

Federal Court, Fuhrer J.—By videoconference,
March 14-18 and 21; Ottawa, October 21, 2022.

Cour fédérale, la juge Fuhrer—Par vidéoconférence,
14 au 18 et 21 mars; Ottawa, 21 octobre 2022.

Industrial Design — Infringement — Action by plaintiffs for infringement of Canadian Industrial Design No. 120939 ('939 Design'); counterclaim by defendant for invalidity of '939 Design — Crocs Canada, Inc. (Crocs Canada) licensee of Crocs Inc. (Crocs US) (collectively plaintiffs) — Crocs US primarily in business of designing, creating, developing, manufacturing, selling, marketing footwear — Defendant, Saskatchewan corporation operating as Dawgs, Canada Dawgs, having line of footwear in Canada called Fleece Dawgs, manufactured abroad, imported into Canada, sold on-line on various websites — Plaintiffs, defendant competitors in market for clog-style footwear in Canada — Plaintiffs alleging that defendant's Fleece Dawgs footwear unlawful imitations, infringing copies of Crocs' registered '939 Design — Further asserting that defendant's Fleece Dawgs products not differing substantially from '939 Design, that defendant not meeting its burden of proving '939 Design invalid — Plaintiffs thus seeking declaratory relief, accounting of profits, pre- and post-judgment interest, costs — Defendant denying Fleece Dawgs products unlawful imitations, infringing copies of '939 Design; alleging in particular differentiation between its footwear, '939 Design — Presenting counterclaim for invalidity or non-infringement declarations, seeking costs on solicitor-client basis, further alleging plaintiffs' action vexatious, abusive, frivolous — Whether '939 Design invalid because (a) comprising of more than one design contrary to Industrial Design Regulations, s. 10, or (b) not original having regard to prior art — Whether any design features of '939 Design dictated solely by utilitarian function — Whether defendant infringed '939 Design based on its making, importing for purposes of trade or business, selling, offering, exposing for sale its Fleece Dawgs footwear — If '939 Design valid, infringed, whether: (a) plaintiffs entitled to accounting of defendant's profits, quantum of said profits; (b) defendant's profit analysis for Fleece Dawgs products, supporting financial

Dessins industriels — Violation — Action pour violation intentée par les demanderesse et visant le dessin industriel n° 120939 enregistré au Canada (dessin '939); demande reconventionnelle en invalidité du dessin '939 présentée par la défenderesse — Crocs Canada, Inc. (Crocs Canada) est titulaire d'une autorisation de Crocs Inc. (Crocs US) (collectivement, les demanderesse) — Les activités de Crocs US consistent principalement à concevoir, créer, élaborer, fabriquer, vendre et commercialiser des chaussures — La défenderesse, une société de la Saskatchewan qui exerce ses activités sous le nom de Dawgs et de Canada Dawgs, a une gamme de chaussures au Canada, appelée Fleece Dawgs, qui est fabriquée à l'étranger, importée au Canada et vendue en ligne sur différents sites Web — Au Canada, les demanderesse et la défenderesse sont des concurrentes sur le marché des chaussures de style sabot — Les demanderesse alléguaient que les chaussures Fleece Dawgs de la défenderesse sont des imitations illégales et des copies contrefaites du dessin '939 enregistré par Crocs — En outre, elles faisaient valoir que les produits Fleece Dawgs de la défenderesse ne diffèrent pas de façon importante du dessin '939 et que la défenderesse ne s'était pas acquittée du fardeau qui lui incombait de prouver que le dessin '939 était invalide — Les demanderesse demandaient donc un jugement déclaratoire, la restitution des profits, des intérêts avant et après jugement et des dépens — La défenderesse niait que les produits Fleece Dawgs étaient des imitations illégales et des copies contrefaites du dessin '939; et énumérait des points de distinction entre ses chaussures et le dessin '939 — Elle a présenté une demande reconventionnelle en vue d'obtenir des déclarations d'invalidité ou d'absence de contrefaçon et demandait des dépens sur une base avocat-client au motif que l'action intentée par les demanderesse était vexatoire, abusive et frivole — Le dessin '939 était-il invalide au motif a) qu'il est composé de plus d'un dessin, en contravention avec l'article 10 du Règlement

statements admissible — Whether action vexatious, abusive or frivolous — Whether defendant entitled to costs of action on solicitor-client basis — Whether plaintiffs' delay in commencing action entitling defendant to inference of no infringement, disentitling plaintiffs to relief — Regarding validity, defendant's argument in particular that there was fundamental design deficiency, as well as prior art that rendered '939 Design invalid rejected — Based on evidence in case, there was no design in prior art that had combination of features described by figures that comprised '939 Design — Further, there were substantial differences between '939 Design, asserted prior art — '939 Design pioneered new, uncrowded, subfield of footwear aesthetics that was original in overall appearance, with nothing like it previously in market — Therefore, '939 Design was original, was not invalidated by properly asserted prior art — Also, design features of '939 Design were not dictated solely by utilitarian function contrary to Industrial Design Act, s. 5.1(a) — Defendant infringed '939 Design — Four-part infringement analysis from perspective of "informed consumer" applied here — There were substantial differences between '939 Design, asserted, proven prior art which did not disclose any other shoes with combination of features specific in case — Having considered '939 Design, Fleece Dawgs shoe in their entirety, including points of differentiation asserted by defendant, it was not established that latter was sufficiently different from '939 Design to avoid finding of infringement — Was especially true given context of broad protection to which '939 Design entitled — Given plaintiffs' success on action, action was not vexatious, abusive or frivolous — Furthermore, defendant not entitled to inference of no infringement by reason of plaintiffs' delay in commencing action, plaintiffs were not disentitled to relief — By reason of its own delay in raising issue until trial of matter, defendant effectively precluded plaintiffs from opportunity to adduce evidence that might have assisted in explaining delay — Plaintiffs thus entitled to declaration that defendant infringed '939 Design — Awarded accounting of defendant's profits with interest — Plaintiffs' action allowed; defendant's counterclaim dismissed.

sur les dessins industriels, ou b) qu'il n'est pas original eu égard à l'art antérieur? — Les caractéristiques du dessin '939 résultaient-elles uniquement de la fonction utilitaire? — En fabriquant, en important à des fins commerciales, en vendant ainsi qu'en offrant et en exposant en vue de la vente ses chaussures Fleece Dawgs, la défenderesse a-t-elle contrefait le dessin '939? — Si le dessin '939 était valide et a été contrefait : a) les demanderesse avaient-elles droit à une restitution des profits perçus par la défenderesse et, si oui, à quelle hauteur? b) l'analyse des profits tirés des produits de la défenderesse ainsi que les états financiers justificatifs étaient-ils admissibles? — L'action intentée était-elle vexatoire, abusive ou frivole? — La défenderesse avait-elle droit à des dépens sur une base avocat-client? — Le temps mis par les demanderesse à intenter l'action donnait-il à la défenderesse le droit à une conclusion d'absence de contrefaçon et privait-il les demanderesse de leur droit à une mesure de réparation? — En ce qui concerne la validité, l'argument de la défenderesse faisant valoir qu'il existait une lacune fondamentale sur le plan de la conception ainsi que des réalisations de l'art antérieur rendaient le dessin '939 invalide a été rejeté — Compte tenu des éléments de preuve présentés en l'espèce, aucun dessin dans l'art antérieur ne présentait la combinaison des caractéristiques qu'illustraient les figures composant le dessin '939 — De plus, il existait des différences importantes entre le dessin '939 et l'art antérieur invoqué — Le dessin '939 constituait une innovation dans le sous-domaine nouveau, donc peu exploité, de l'esthétique de la chaussure et il était original sur le plan de l'apparence générale, rien de semblable n'ayant existé auparavant sur le marché — Par conséquent, le dessin '939 était original et il n'était pas invalide en raison de l'art antérieur dûment invoqué — Également, les caractéristiques du dessin '939 ne résultaient pas uniquement de la fonction utilitaire, en contravention avec l'article 5.1 de la Loi sur les dessins industriels — La défenderesse a contrefait le dessin '939 — L'analyse de la contrefaçon à quatre volets du point de vue du « consommateur averti » s'appliquait ici — Il existait des différences importantes entre le dessin '939 et l'art antérieur invoqué et prouvé duquel ne ressortait aucune autre chaussure avec la combinaison de caractéristiques spécifiques en l'espèce — Après avoir examiné le dessin '939 et la chaussure Fleece Dawgs dans leur ensemble, notamment les points de distinction relevés par la défenderesse, il n'a pas été établi que la chaussure était suffisamment différente du dessin '939 pour empêcher de conclure à la contrefaçon — Cela était particulièrement véridique surtout lorsqu'on les examinait dans le contexte de la protection étendue à laquelle le dessin '939 avait droit — Étant donné que les demanderesse ont obtenu gain de cause dans leur action, l'action n'était ni vexatoire, ni abusive, ni frivole — De plus, la conclusion d'absence de contrefaçon en raison du temps qu'ont mis les demanderesse à intenter l'action n'a pu être tirée en faveur de la défenderesse, et les demanderesse n'ont pas été privées de leur droit à une mesure de réparation — En raison du temps qu'elle a elle-même pris avant de soulever la question, c'est-à-dire seulement au procès, la défenderesse n'a

Industrial Design — Infringement — Relief — Action by plaintiffs for infringement of Canadian Industrial Design No. 120939 ('939 Design); counterclaim by defendant for invalidity of '939 Design — Crocs Canada, Inc. (Crocs Canada) licensee of Crocs Inc. (Crocs US) (collectively plaintiffs) — Defendant, Saskatchewan corporation operating as Dawgs, Canada Dawgs, having line of footwear in Canada called Fleece Dawgs sold online on various websites — Plaintiffs, defendant competitors in market for clog-style footwear in Canada — Plaintiffs establishing validity of their '939 Design, defendant's infringement of such Design — Plaintiffs thus entitled to defendant's profits from sales of its Fleece Dawgs footwear from November 1, 2014, being three years before plaintiffs commenced their action, until December 30, 2018, when '939 Design expired — Industrial Design Act, s. 18 providing that no remedy is available for acts of infringement that occurred more than three years before action for infringement was started — Defendant failed to meet its burden to prove deductible expenses — In circumstances, plaintiffs, having elected to recover accounting of defendant's profits instead of damages, were entitled to \$649 779.17 — Defendant not proving any bar to equitable relief elected by plaintiffs — Plaintiffs establishing unreliability, inadmissibility of defendant's financial statements.

This was an action by the plaintiffs for infringement of their exclusive rights in Canadian Industrial Design No. 120939 dated December 30, 2008 entitled SHOE ('939 Design), and a counterclaim by the defendant for invalidity of the '939 Design. The crux of the dispute involved the validity of the plaintiffs' '939 Design. Crocs Canada, Inc. is a Canada corporation (Crocs Canada), while Crocs Inc. is a corporation of the State of Delaware, United States of America (Crocs US) (collectively plaintiffs). Crocs US is primarily in the business of designing, creating, developing and manufacturing, selling and marketing footwear. Crocs Canada is owned indirectly by Crocs US. In addition, Crocs Canada is a licensee and distributor of Crocs branded merchandise to a variety of third party retailers in Canada, while Crocs US designs and oversees the

effectivement pas donné l'occasion aux demanderesse de présenter des éléments de preuve susceptibles d'expliquer le temps qu'elles ont mis à intenter l'action — Les demanderesse ont donc eu droit à une déclaration selon laquelle la défenderesse avait contrefait le dessin '939 — Elles se sont vu accorder la restitution des profits de la défenderesse, avec intérêts — Action des demanderesse accueillie; demande reconventionnelle de la défenderesse rejetée.

Dessins industriels — Violation — Réparation — Action pour violation intentée par les demanderesse et visant le dessin industriel n° 120939 enregistré au Canada (dessin '939); demande reconventionnelle en invalidité du dessin '939 présentée par la défenderesse — Crocs Canada, Inc. (Crocs Canada) est titulaire de Crocs Inc. (Crocs US) (collectivement, les demanderesse) — La défenderesse, une société de la Saskatchewan qui exerce ses activités sous le nom de Dawgs et de Canada Dawgs, a une gamme de chaussures appelée Fleece Dawgs au Canada et qui est vendue en ligne sur différents sites Web — Au Canada, les demanderesse et la défenderesse sont des concurrentes sur le marché des chaussures de style sabot — Les demanderesse ont établi la validité de leur dessin '939 et la contrefaçon d'un tel dessin par la défenderesse — Les demanderesse ont donc eu droit aux profits que la défenderesse a tirés des ventes de ses chaussures Fleece Dawgs du 1^{er} novembre 2014, soit trois ans avant que les demanderesse intentent leur action, au 30 décembre 2018, soit la date d'expiration du dessin '939 — L'article 18 de la Loi sur les dessins industriels porte qu'une action en violation se prescrit par trois ans à compter de celle-ci — La défenderesse ne s'est pas acquittée de son fardeau d'établir les dépenses déductibles — Dans les circonstances, puisqu'elles ont choisi la restitution des profits perçus par la défenderesse, au lieu des dommages-intérêts, les demanderesse ont eu droit à la somme de 649 779,17 \$ — La défenderesse n'a pas démontré l'existence d'un obstacle à l'obtention de la mesure de réparation en equity sollicitée par les demanderesse — Les demanderesse ont établi le peu de fiabilité et l'inadmissibilité des états financiers de la défenderesse.

Il s'agissait d'une action pour violation intentée par les demanderesse et visant leurs droits exclusifs sur le dessin industriel n° 120939 enregistré au Canada le 30 décembre 2008 et intitulé SHOE (dessin '939) et d'une demande reconventionnelle en invalidité présentée par la défenderesse à l'égard du dessin '939. La validité du dessin '939 des demanderesse était au cœur du litige. Crocs Canada, Inc. est une société canadienne (Crocs Canada), tandis que Crocs Inc. est une société de l'État du Delaware, aux États-Unis (Crocs US) (collectivement, les demanderesse). Les activités de Crocs US consistent principalement à concevoir, créer, élaborer, fabriquer, vendre et commercialiser des chaussures. Crocs US détient indirectement Crocs Canada. En outre, Crocs Canada est titulaire d'une autorisation et distributeur des marchandises de marque Crocs

design, and arranges for the manufacture and worldwide distribution, of Crocs branded footwear, including footwear bearing the '939 Design. The defendant is a Saskatchewan corporation operating as Dawgs and Canada Dawgs. It has a line of footwear in Canada called Fleece Dawgs that is manufactured in China, imported for sale into Canada, and sold online on various websites. Fleece Dawgs products have been available for sale in Canada since 2008. The defendant's website sells and offers or exposes for sale Fleece Dawgs in all Canadian provinces. Its combined total gross sales of Fleece Dawgs footwear for the years 2013–2018 were \$1 163 369. The plaintiffs and defendant are competitors in the market for clog-style footwear in Canada. Crocs US is the proprietor of the '939 Design, which it registered in Canada on December 30, 2008. The applicable maintenance fee was paid mid-term, and the '939 Design expired on December 30, 2018, 10 years after registration.

The plaintiffs alleged that the defendant's Fleece Dawgs footwear were unlawful imitations and infringing copies of Crocs' registered '939 Design which has been applied to the defendant's products. Further, they asserted that the defendant's Fleece Dawgs products did not differ substantially from the '939 Design. In light of the similarities between the defendant's product, and the plaintiffs' products and the '939 Design, the plaintiffs said that there was a likelihood that consumers would associate the defendant's products with the '939 Design. The plaintiffs alleged that the defendant did not meet its burden to prove the '939 Design was invalid, and therefore, that they were entitled to declaratory relief, an accounting of profits (at their election, instead of damages), pre- and post-judgment interest, and their costs. The defendant denied that its Fleece Dawgs products were unlawful imitations and infringing copies of the '939 Design and alleged in particular differentiation between its footwear and the '939 Design. It counterclaimed for invalidity or non-infringement declarations and sought costs on a solicitor-client basis, further alleging the plaintiffs' action was vexatious, abusive and frivolous. The basis for the invalidity counterclaim resided in the discrepancies and inconsistencies which the defendant stated subsisted in the figures that comprised the '939 Design, thus resulting in more than one design, contrary to section 10 of the applicable *Industrial Design Regulations* (Regulations).

à différents détaillants tiers au Canada, tandis que Crocs US conçoit les chaussures de marque Crocs, notamment celles conçues conformément au dessin '939, supervise leur conception et s'occupe de leur fabrication et de leur distribution à l'échelle mondiale. La défenderesse est une société de la Saskatchewan qui exerce ses activités sous le nom de Dawgs et de Canada Dawgs. Elle a une gamme de chaussures au Canada, appelée Fleece Dawgs, qui est fabriquée en Chine, importée au Canada en vue de la vente et vendue en ligne sur divers sites Web. Les chaussures Fleece Dawgs sont vendues au Canada depuis 2008. Sur son site Web, la défenderesse vend et offre ou expose en vue de la vente les chaussures Fleece Dawgs dans toutes les provinces du Canada. Pour les années 2013 à 2018, le montant combiné des ventes brutes totales de chaussures Fleece Dawgs s'élevait à 1 163 369 \$. Au Canada, les demanderesse et la défenderesse sont des concurrentes sur le marché des chaussures de style sabot. Crocs US est la propriétaire du dessin '939, qu'elle a enregistré au Canada le 30 décembre 2008. Les droits périodiques applicables ont été payés cinq ans plus tard, et le dessin '939 a expiré le 30 décembre 2018, soit 10 ans après son enregistrement.

Les demanderesse ont allégué que les chaussures Fleece Dawgs de la défenderesse étaient des imitations illégales et des copies contrefaites du dessin '939 enregistré par Crocs, qui a été appliqué aux produits de la défenderesse. En outre, elles ont fait valoir que les produits Fleece Dawgs de la défenderesse ne différaient pas de façon importante du dessin '939. Compte tenu des similitudes entre les produits de la défenderesse, les produits des demanderesse et le dessin '939, les demanderesse ont affirmé qu'il existait une probabilité que les consommateurs associent les produits de la défenderesse au dessin '939. Les demanderesse ont allégué que, comme la défenderesse ne s'était pas acquittée du fardeau qui lui incombait de prouver que le dessin '939 était invalide, elles avaient droit à un jugement déclaratoire, à une restitution des profits (à leur choix, au lieu des dommages-intérêts), à des intérêts avant et après jugement ainsi qu'à des dépens. La défenderesse a nié que ses produits Fleece Dawgs étaient des imitations illégales et des copies contrefaites du dessin '939, et elle a énuméré des points de distinction entre le dessin '939 et ses chaussures. Elle a présenté une demande reconventionnelle en vue d'obtenir des déclarations d'invalidité ou d'absence de contrefaçon et a demandé des dépens sur une base avocat-client au motif que l'action intentée par les demanderesse était vexatoire, abusive et frivole. La demande reconventionnelle en invalidité reposait sur les contradictions et les incohérences qui, selon la défenderesse, demeuraient dans les figures qui composent le dessin '939, ce qui donnait lieu à plus d'un dessin, en contravention avec l'article 10 du *Règlement sur les dessins industriels* (le Règlement).

The issues herein were: (1) whether the '939 Design was invalid because (a) it comprises more than one design contrary to section 10 of the Regulations, or (b) it is not original having regard to the prior art; (2) whether any design features of the '939 Design were dictated solely by utilitarian function; (3) whether the defendant infringed the '939 Design based on its making, importing for the purposes of trade or business, selling and offering and exposing for sale, its Fleece Dawgs footwear; (4) (a) if the '939 Design was valid and infringed, whether the plaintiffs were entitled to an accounting of the defendant's profits and the quantum of said profits; (b) whether the defendant's profit analysis for Fleece Dawgs products and supporting financial statements were admissible; (5) whether the action was vexatious, abusive or frivolous and whether the defendant was entitled to costs of the action on a solicitor-client basis; and (6) whether the plaintiffs' delay in commencing the action entitled the defendant to an inference of no infringement and disentitled the plaintiffs to relief. The defendant raised the last issue at trial.

Held, the action should be allowed and the counterclaim should be dismissed.

Regarding validity, the defendant argued that there was a fundamental design deficiency, as well as prior art that rendered the '939 Design invalid. Additionally, the insertion of fleece in a shoe was wholly functional, according to the defendant. Alternatively, if the '939 Design was valid, then the defendant stated that there were sufficient differences between Fleece Dawgs shoes and Crocs Mammoth shoes that there was no infringement during the relevant period. Further, the defendant belatedly argued that the plaintiffs' delay in commencing the action until 2017 had to be factored into the infringement analysis. The defendant's assertion that discrepancies in the figures which comprised the '939 Design resulted in more than one design, contrary to section 10 of the ID Regulations, was rejected. There was no dispute that the previous version of the *Industrial Design Act* (ID Act) in effect from December 18, 2001 until November 4, 2018, applied to this action. The ID Act protects original designs involving "features of shape, configuration, pattern or ornament and any combination of those features that, in a finished article, appeal to and are judged solely by the eye," and that have been registered in accordance with the ID Act. The defendant submitted that the figures in question of the '939 Design represented separate designs, contrary to section 10 of the ID Regulations. There was no merit to the argument that the figures at issue involved different designs, as opposed to variants. The defendant's focus on asserted points of difference, whether within the '939 Design itself or as between the '939 Design and Fleece Dawgs footwear, caused it to lose sight of the fact or to fail to appreciate that the '939 Design protects the overall appearance of the combination

Les questions qui devaient être tranchées en l'espèce étaient les suivantes : 1) Le dessin '939 était-il invalide au motif a) qu'il est composé de plus d'un dessin, en contravention avec l'article 10 du Règlement, ou b) qu'il n'est pas original eu égard à l'art antérieur? 2) Les caractéristiques du dessin '939 résultaient-elles uniquement de la fonction utilitaire? 3) En fabriquant, en important à des fins commerciales, en vendant ainsi qu'en offrant et en exposant en vue de la vente ses chaussures Fleece Dawgs, la défenderesse a-t-elle contrefait le dessin '939? 4)a) Si le dessin '939 était valide et a été contrefait, les demanderesse avaient-elles droit à une restitution des profits perçus par la défenderesse et, si oui, à quelle hauteur? b) L'analyse des profits tirés des produits de la défenderesse ainsi que les états financiers justificatifs étaient-ils admissibles? 5) L'action intentée était-elle vexatoire, abusive ou frivole et la défenderesse avait-elle droit à des dépens sur une base avocat-client? 6) Le temps mis par les demanderesse à intenter l'action donnait-il à la défenderesse le droit à une conclusion d'absence de contrefaçon et privait-il les demanderesse de leur droit à une mesure de réparation? La défenderesse a soulevé la dernière question à l'audience.

Jugement : l'action doit être accueillie et la demande reconventionnelle doit être rejetée.

En ce qui concerne la validité, la défenderesse a fait valoir qu'il existait une lacune fondamentale sur le plan de la conception ainsi que des réalisations de l'art antérieur qui ont rendu le dessin '939 invalide. De plus, selon la défenderesse, l'insertion de molleton dans une chaussure était uniquement fonctionnelle. Subsidiairement, si le dessin '939 était valide, la défenderesse a allégué alors que les différences entre les chaussures Fleece Dawgs et les chaussures Mammoth de Crocs étaient suffisantes pour conclure à une absence de contrefaçon pendant la période visée. En outre, la défenderesse a soutenu tardivement que le temps qu'avaient mis les demanderesse à intenter l'action, c'est-à-dire pas avant 2017, devait être pris en compte dans l'analyse de la contrefaçon. L'affirmation de la défenderesse selon laquelle les contradictions dans les figures qui composaient le dessin '939 donnaient lieu à plus d'un dessin, en contravention avec l'article 10 du Règlement, a été rejetée. Nul n'a contesté que la version antérieure de la *Loi sur les dessins industriels* (la Loi), en vigueur du 18 décembre 2001 jusqu'au 4 novembre 2018, s'appliquait à la présente action. La Loi protège les dessins originaux qui comprennent des « caractéristiques ou combinaison de caractéristiques visuelles d'un objet fini, en ce qui touche la configuration, le motif ou les éléments décoratifs » et qui ont été enregistrés conformément à la Loi. La défenderesse a fait valoir que les figures en question du dessin '939 représentaient des dessins distincts, en contravention avec l'article 10 du Règlement. L'argument selon lequel les figures en question représentaient des dessins distincts, et non des variantes, était sans fondement. En mettant l'accent sur de prétendus points de distinction, que ce soit

of its features, including variants as claimed by the plaintiffs. As well, the '939 Design was original and not invalidated by prior art. The defendant's contention that the '939 Design is not unique or original in that the prior art invalidates it was rejected. Rather, the defendant failed to satisfy the onus on it to prove through admissible evidence, on a balance of probabilities, prior art that invalidated the '939 Design, having regard to the rebuttable presumption of originality applicable in this matter. Based on the evidence in this case, there was no design in the prior art that had the combination of features described by the figures that comprised the '939 Design. Further, there were substantial differences between the '939 Design and the asserted prior art. The '939 Design pioneered a new, and hence uncrowded, subfield of footwear aesthetics that was original in overall appearance, with nothing like it previously in the market. The defendant did not advance expert evidence to the contrary. Therefore, the '939 Design was original and was not invalidated by the properly asserted prior art.

The design features of the '939 Design were not dictated solely by utilitarian function contrary to the ID Act, paragraph 5.1(a). The Federal Court of Appeal recognized that features of an industrial design that are functional but also appeal to the eye can be protected. There are lots of ways to do different features of the shoe of the '939 Design that would function just as well. The fleece lining contemplated by the '939 Design was not just functional nor were the decorative discs/rivets.

The defendant infringed the '939 Design. In assessing whether Fleece Dawgs shoes infringed, the question that had to be answered was whether their design differed substantially from the '939 Design (ID Act, paragraph 11(1)(a)). It was not a question of whether Fleece Dawgs shoes differed substantially from Crocs Mammoth clogs, which are an embodiment of the '939 Design. The four-part infringement analysis involves the following steps, from the perspective of the "informed consumer": (a) examine the prior art and the extent to which the registered design differs from any previously published design (ID Act, subsection 11(2)); (b) assess the design for any utilitarian function or any method or principle of manufacture or construction (ID Act, section 5.1, which precludes protection for these things); (c) examine the design itself to determine the scope of protection based on the figures and accompanying description in the registration; (d) conduct a comparative analysis of the registered design and alleged infringing article,

dans le dessin '939 lui-même ou entre celui-ci et la chaussure Fleece Dawgs, la défenderesse a perdu de vue ou n'a pas pris en compte le fait que le dessin '939 protégeait l'apparence générale de ses caractéristiques ainsi que la combinaison de celles-ci, notamment les variantes, telles que revendiquées par les demandereses. De plus, le dessin '939 était original et n'était pas invalidé en raison de l'art antérieur. L'affirmation de la défenderesse selon laquelle le dessin '939 n'est ni unique ni original, puisqu'il est invalide en raison de l'art antérieur, a été rejetée. Plutôt, la défenderesse n'a pas présenté de preuve d'antériorité admissible démontrant, selon la prépondérance des probabilités, l'invalidité du dessin '939, compte tenu de la présomption d'originalité réfutable applicable en l'espèce. Compte tenu des éléments de preuve présentés en l'espèce, aucun dessin dans l'art antérieur ne présentait la combinaison des caractéristiques qu'illustraient les figures composant le dessin '939. De plus, il existait des différences importantes entre le dessin '939 et l'art antérieur invoqué. Le dessin '939 constituait une innovation dans le sous-domaine nouveau, donc peu exploité, de l'esthétique de la chaussure et il était original sur le plan de l'apparence générale, rien de semblable n'ayant existé auparavant sur le marché. La défenderesse n'a présenté aucune preuve d'expert à l'effet contraire. Par conséquent, le dessin '939 était original et il n'était pas invalide en raison de l'art antérieur dûment invoqué.

Les caractéristiques du dessin '939 ne résultaient pas uniquement de la fonction utilitaire en contravention avec l'article 5.1 de la Loi. La Cour d'appel fédérale a reconnu que les caractéristiques d'un dessin industriel qui sont fonctionnelles, mais qui sont également attrayantes visuellement, peuvent être protégées. Il existe de nombreuses manières de réaliser les différentes caractéristiques de la chaussure représentée dans le dessin '939, qui fonctionneraient tout aussi bien. La doublure en molleton prévue dans le dessin '939 n'était pas simplement fonctionnelle, les rivets décoratifs non plus.

La défenderesse a contrefait le dessin '939. Pour déterminer si les chaussures Fleece Dawgs constituaient une contrefaçon, la question à laquelle il fallait répondre était celle de savoir si le dessin qui les représente différait de façon importante du dessin '939 (alinéa 11(1)a de la Loi). Il ne s'agissait pas de savoir si les chaussures Fleece Dawgs différaient de façon importante des sabots Mammoth de Crocs, lesquels sont une réalisation du dessin '939. Dans le cadre de l'analyse de la contrefaçon à quatre volets, il faut, du point de vue du « consommateur averti » : a) examiner l'art antérieur et la mesure dans laquelle le dessin enregistré est différent de dessins publiés auparavant (paragraphe 11(2) de la Loi); b) évaluer le dessin à la recherche d'une fonction utilitaire ou des méthodes ou principes de réalisation (article 5.1 de la Loi, qui prévoit que ces éléments ne bénéficient pas de la protection prévue par la Loi); c) examiner le dessin lui-même pour établir la portée de la protection en fonction des figures et de leur description énoncée dans

taking the first three factors into account. There were substantial differences between the '939 Design and the asserted, proven prior art which did not disclose any other shoes with the following combination of features: a fold-over fleece collar that affects the shape of the shoe, two decorative discs, a plurality of fingertip-sized holes in the area over the toes through which one can see the back of the lining. In the circumstances, it was concluded that a comparative analysis made from the perspective of the informed consumer must involve, at least, a consumer who is familiar with the market field, taking into account the scope of protection (ID Act, subsection 11(2)). In addition, industrial designs claim the design in its entirety as opposed to in part. In other words, it is the overall designs that must be compared (i.e. the '939 Design and the Fleece Dawgs shoe). Where, as in the circumstances in this case, emphasis is on the entire design, the alleged infringing article needs to be quasi identical for infringement to be established. Having considered the '939 Design and the Fleece Dawgs shoe in their entirety, including the points of differentiation asserted by the defendant, it was not established that the latter was sufficiently different from the '939 Design to avoid a finding of infringement. In other words, they were not substantially different. This was especially the case when considered in the context of the broad protection to which the '939 Design was entitled. The '939 Design and Fleece Dawgs shoe were “nigh identical,” with slight ornamentation differences, in that they shared key features that were absent from the applicable prior art. The differences asserted by the defendant were the “little things” in the nature of minutiae. The '939 Design pioneered a new, and hence uncrowded, subfield of footwear aesthetics that was original in overall appearance, with nothing like it previously in the market and was therefore entitled to a broad scope of protection. Taking this scope of protection into account, the points of differentiation asserted by the defendant were insufficient to avoid the conclusion that the design of the Fleece Dawgs shoe infringed the '939 Design.

The plaintiffs were entitled to the defendant's profits from the sales of its Fleece Dawgs footwear from November 1, 2014, being three years before the plaintiffs commenced their action, until December 30, 2018, when the '939 Design expired. Section 18 of the ID Act provides that no remedy is available for acts of infringement that occurred more than three years before an action for infringement was started. The defendant failed to meet its burden to prove deductible

l'enregistrement; d) compte tenu des trois premiers volets, effectuer une analyse comparative du dessin enregistré et du produit prétendument contrefait. Il existait des différences importantes entre le dessin '939 et l'art antérieur invoqué et prouvé duquel ne ressortait aucune autre chaussure avec la combinaison de caractéristiques suivante : une doublure en molleton qui se replie sur elle-même pour former le col et qui modifie la forme de la chaussure, deux rivets décoratifs, de nombreuses ouvertures de la taille d'un bout de doigt qui sont disposées sur la partie de la chaussure au-dessus des orteils et à travers lesquelles le revers de la doublure est visible. Dans les circonstances, il a été conclu qu'une analyse comparative effectuée du point de vue du consommateur averti doit faire intervenir, à tout le moins, un consommateur qui connaît le domaine du marché et tenir compte de la portée de la protection : paragraphe 11(2) de la Loi. En outre, les dessins industriels revendiquent le dessin dans son ensemble par opposition à une partie de ceux-ci. En d'autres termes, ce sont les dessins dans leur ensemble qui doivent être comparés (c'est-à-dire le dessin '939 et la chaussure Fleece Dawgs). Lorsque, comme en l'espèce, l'accent est mis sur l'ensemble du dessin, pour que l'on conclue à la contrefaçon, l'objet prétendument contrefait doit être quasi identique. Après avoir examiné le dessin '939 et la chaussure Fleece Dawgs dans leur ensemble, notamment les points de distinction relevés par la défenderesse, il n'a pas été établi que la chaussure était suffisamment différente du dessin '939 pour empêcher de conclure à la contrefaçon. Autrement dit, ils n'étaient pas très différents, surtout lorsqu'ils ont été examinés dans le contexte de la protection étendue à laquelle le dessin '939 avait droit. Le dessin '939 et la chaussure Fleece Dawgs étaient [TRADUCTION] « quasiment identiques », à part quelques éléments décoratifs légèrement différents, du fait qu'ils avaient en commun les principales caractéristiques qu'on ne retrouvait pas dans l'art antérieur invoqué. Les différences invoquées par la défenderesse étaient de [TRADUCTION] « petites choses » de l'ordre du détail. Le dessin '939 constituait une innovation dans le sous-domaine nouveau, et donc peu exploité, de l'esthétique de la chaussure et qu'il était original sur le plan de l'apparence générale, rien de semblable n'ayant existé auparavant sur le marché, et il avait donc droit à une protection très étendue. Compte tenu de la portée de la protection, les points de distinction invoqués par la défenderesse étaient insuffisants pour empêcher de conclure que le dessin de la chaussure Fleece Dawgs constituait une contrefaçon du dessin '939.

Les demanderesse avaient droit aux profits que la défenderesse a tirés des ventes de ses chaussures Fleece Dawgs du 1^{er} novembre 2014, soit trois ans avant que les demanderesse intentent leur action, au 30 décembre 2018, soit la date d'expiration du dessin '939. L'article 18 de la Loi porte qu'une action en violation se prescrit par trois ans à compter de celle-ci. La défenderesse ne s'est pas acquittée de son fardeau d'établir les dépenses déductibles. Dans les circonstances, puisqu'elles ont

expenses. In the circumstances, the plaintiffs, having elected to recover an accounting of the defendant's profits instead of damages, were entitled to the amount of \$649 779.17. The defendant here did not prove any bar to the equitable relief elected by the plaintiffs. With respect to the defendant's profit analysis and supporting financial statements the document submitted (from the defendant's productions comprising the profit analysis on Fleece Dawgs shoes for the years 2012 to 2019) was inadmissible hearsay, and further, the defendant did not establish that it was reliable. Also, the supporting financial statements from which the document was prepared were inadmissible. The evidence showed that the financial statements were unaudited and did not provide a breakdown of sales or costs/expense information on a product-by-product basis. This may have accounted, at least in part, for the discrepancies between the data contained in the financial statements and the information purportedly derived from them in the submitted document. Therefore, the unreliability of the defendant's supporting financial statements was established by the plaintiffs.

Given the plaintiffs' success on their action, the action was not vexatious, abusive or frivolous.

Furthermore, the defendant was not entitled to an inference of no infringement by reason of the plaintiffs' delay in commencing the action, and the plaintiffs were not disentitled to relief. The defendant's own delay in raising this issue, to the prejudice of the plaintiffs, disentitled the defendant to the inference it belatedly sought. The defendant submitted for the first time in the proceeding at trial that the plaintiffs' delay in commencing the action, approximately nine years after the launch of the Fleece Dawgs shoe in Canada, entitled it to the inference that the plaintiffs tacitly admitted the defendant did not infringe. The defendant did not forewarn the plaintiffs, however, that it would ask for this inference and, hence, the plaintiffs did not have an opportunity to probe the issue through evidence and, in particular, during the discovery stage of the proceeding. By reason of its own delay in raising the issue until the trial of the matter, the defendant effectively precluded the plaintiffs from the opportunity to adduce evidence that might have assisted in explaining the delay.

In conclusion, the plaintiffs' action was allowed and the defendant's counterclaim was dismissed. Thus, the plaintiffs were entitled to a declaration that the defendant infringed the

choisi la restitution des profits perçus par la défenderesse, au lieu des dommages-intérêts, les demanderesse avaient droit à la somme de 649 779,17 \$. En l'espèce, la défenderesse n'a pas démontré l'existence d'un obstacle à l'obtention de la mesure de réparation en equity sollicitée par les demanderesse. En ce qui concerne l'analyse des profits réalisée par la défenderesse et états financiers justificatifs, le document déposé (tiré des éléments de preuve produits par la défenderesse et comprenant l'analyse des profits tirés des chaussures Fleece Dawgs pour les années 2012 à 2019) était une preuve par oui-dire irrecevable et la défenderesse n'a pas établi sa fiabilité. Également, les états financiers justificatifs à partir desquels le document a été préparé étaient irrecevables. Les éléments de preuve ont établi que les états financiers n'avaient pas été audités et qu'ils ne présentaient pas de ventilation des ventes ni des frais et des dépenses pour chaque produit. Cela aurait pu expliquer, du moins en partie, les contradictions entre les données contenues dans les états financiers et les renseignements censés en être tirés figurant dans le document présenté. Par conséquent, les demanderesse ont établi le manque de fiabilité des états financiers justificatifs de la défenderesse.

Étant donné que les demanderesse ont obtenu gain de cause dans leur action, l'action n'était ni vexatoire, ni abusive, ni frivole.

De plus, la conclusion d'absence de contrefaçon en raison du temps qu'ont mis les demanderesse à intenter l'action ne pouvait être tirée en faveur de la défenderesse, et les demanderesse n'étaient pas privées de leur droit à une mesure de réparation. Le temps que la défenderesse elle-même a pris avant de soulever cette question, au détriment des demanderesse, a fait en sorte que la conclusion qu'elle demandait tardivement de tirer ne pouvait pas l'être. Au procès, la défenderesse a soutenu pour la première fois au cours de la présente instance que le temps qu'avaient mis les demanderesse à intenter l'action, environ neuf ans après le lancement de la chaussure Fleece Dawgs au Canada, permettait de conclure que les demanderesse avaient implicitement reconnu que la défenderesse n'avait pas contrefait le dessin '939. La défenderesse n'a pas averti les demanderesse qu'elle demanderait une telle conclusion. Par conséquent, les demanderesse n'ont pas eu l'occasion d'examiner la question au moyen d'éléments de preuve et, plus particulièrement, à l'étape de l'interrogatoire préalable. En raison du temps qu'elle a elle-même pris avant de soulever la question, c'est-à-dire seulement au procès, la défenderesse n'a effectivement pas donné l'occasion aux demanderesse de présenter des éléments de preuve susceptibles d'expliquer le temps qu'elles ont mis à intenter l'action.

En conclusion, l'action des demanderesse a été accueillie et la demande reconventionnelle de la défenderesse a été rejetée. Ainsi, les demanderesse ont eu droit à une déclaration selon

'939 Design and were awarded an accounting of the defendant's profits with interest.

laquelle la défenderesse a contrefait le dessin '939 et se sont vu accorder la restitution des profits de la défenderesse, avec intérêts.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 30.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 52.5.
Industrial Design Act, R.S.C., 1985, c. I-9, ss. 2 “design or industrial design”, “variants”, 5.1, 6, 7(3), 9, 11, 18.
Industrial Design Regulations, SOR/99-460, s. 10.
Industrial Design Regulations, SOR/2018-120.

CASES CITED

APPLIED:

R. v. Marquard, [1993] 4 S.C.R. 223, 1993 CanLII 37; *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272; *Clatworthy & Son Ltd. v. Dale Display Fixtures Ltd.*, [1929] S.C.R. 429, 3 D.L.R. 11, 1929 CanLII 82; *Bodum USA, Inc. v. Trudeau Corporation (1889) Inc.*, 2012 FC 1128, [2013] 3 F.C.R. 372.

CONSIDERED:

Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Ltd., 2007 FC 1195, [2008] 1 F.C.R. D-10; *Zero Spill Systems (Int'l) Inc. v. Heide*, 2015 FCA 115, [2015] 4 F.C.R. D-1; *Re Paramount Pictures Corporation Industrial Design Application* (1981), 73 C.P.R. (2d) 273, 1981 LNCPT 34 (QL); *Jones et al. v. Teichman et al.*, [1930] 3 D.L.R. 437, [1930] Ex.C.R. 103; *In the Matter of Rollason's Registered Designs* (1898), 15 R.P.C. 441 (Ch. D.); *Sandvik, A.B. v. Windsor Machine Co.* (1986), 8 C.P.R. (3d) 433 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

AFX Licensing Corporation v. HJC America, Inc., 2016 FC 435, 140 C.P.R. (4th) 33; *Bata Industries Ltd. v. Warrington Inc.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 339, [1985] F.C.J. No. 239 (QL) (T.D.); *Rothbury International Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, 2004 FC 578, [2005] 1 F.C.R. 130; *Sommer Allibert (U.K.) Limited and Another v. Flair Plastics Limited*, [1987] 25 R.P.C. 599 (Ch. D.); *Dunlop Rubber Co. Ltd. v. Golf Ball Developments Ltd.* (1931), 48 R.P.C. 268 (Ch. D.); *Lewis Falk, Ltd., and Another v. Henry Jacobowitz* (1944), 61 R.P.C. 116 (Ch. D.); *Apotex Inc. v. Bristol-Myers Squibb Co.*, 2003 FCA 263, [2003] 4 F.C. D-90; *Philip Morris Products S.A. v. Marlboro Canada Limited*, 2016 FCA 55, [2016] 3 F.C.R. D-12.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 30.
Loi sur les dessins industriels, L.R.C. (1985), ch. I-9, art. 2 « dessin », « variantes », 5.1, 6, 7(3), 9, 11, 18.
Règlement sur les dessins industriels, DORS/99-460, art. 10.
Règlement sur les dessins industriels, DORS/2018-120.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 52.5.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

R. c. Marquard, [1993] 4 R.C.S. 223, 1993 CanLII 37; *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272; *Clatworthy & Son, Ltd. v. Dale Display Fixtures Ltd.*, [1929] S.C.R. 429, 1929 CanLII 82; *Bodum USA, Inc. c. Trudeau Corporation (1889) Inc.*, 2012 CF 1128, [2013] 3 R.C.F. 372.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Ltd., 2007 CF 1195, [2008] 1 R.C.F.F-13; *Zero Spill Systems (Int'l) Inc. c. Heide*, 2015 CAF 115, [2015] 4 R.C.F. F-2; *Re Paramount Pictures Corporation Industrial Design Application* (1981), 73 C.P.R. (2d) 273, 1981 LNCPT 34 (QL); *Jones et al. v. Teichman et al.*, [1930] 3 D.L.R. 437, [1930] Ex.C.R. 103; *In the Matter of Rollason's Registered Designs* (1898), 15 R.P.C. 441 (Ch. D.); *Sandvik, A.B. c. Windsor Machine Co.*, [1986] A.C.F. n° 133 (QL) (1^{re} inst.).

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

AFX Licensing Corporation c. HJC America, Inc., 2016 CF 435; *Bata Industries Ltd. c. Warrington Inc.*, [1985] A.C.F. n° 239 (QL) (1^{re} inst.); *Rothbury International Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, 2004 CF 578, [2005] 1 R.C.F. 130; *Sommer Allibert (U.K.) Limited and Another v. Flair Plastics Limited*, [1987] 25 R.P.C. 599 (Ch. D.); *Dunlop Rubber Co. Ltd. v. Golf Ball Developments Ltd.* (1931), 48 R.P.C. 268 (Ch. D.); *Lewis Falk, Ltd., and Another v. Henry Jacobowitz* (1944), 61 R.P.C. 116 (Ch. D.); *Apotex Inc. c. Bristol-Myers Squibb Co.*, 2003 CAF 263, [2003] 4 C.F. D-90; *Philip Morris Products S.A. c. Marlboro Canada Limitée*, 2016 CAF 55, [2016] 3 R.C.F. F-15.

AUTHORS CITED

McKeown, John S. *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2003.

ACTION by the plaintiffs for infringement of Canadian Industrial Design No. 120939 and COUNTERCLAIM by the defendant for invalidity of that Design. Action allowed and counterclaim dismissed.

APPEARANCES

Alexander Gloor, Erin Creber and Jenny Thistle for plaintiffs/defendants by counterclaim.

Tom C. Stepper for defendant/plaintiff by counterclaim.

SOLICITORS OF RECORD

Gowling WLG (Canada) LLP, Ottawa, for plaintiffs/defendants by counterclaim.
Tom C. Stepper Professional Corporation, Calgary, for defendant/plaintiff by counterclaim.

The following are the reasons for judgment and judgment rendered by

FUHRER J.:

I. Overview

[1] The crux of this dispute involves the validity of the Plaintiffs' Canadian Industrial Design No. 120939 dated December 30, 2008 entitled SHOE ('939 Design). If the '939 Design was valid and enforceable before it expired, then did the Defendant infringe the Plaintiffs' exclusive rights in the '939 Design during its 10-year term? If the answer to the latter question is yes, then to what extent is the Defendant liable to the Plaintiffs?

[2] As explained below, I find that the '939 Design, now expired, was valid and subsisting during the

DOCTRINE CITÉE

McKeown, John S. *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4^e éd. Toronto: Thomson/Carswell, 2003.

ACTION pour violation intentée par les demanderesse et visant le dessin industriel n° 120939, et DEMANDE RECONVENTIONNELLE en invalidité de ce dessin présentée par la défenderesse. Action accueillie et demande reconventionnelle rejetée.

ONT COMPARU :

Alexander Gloor, Erin Creber et Jenny Thistle pour les demanderesse/défenderesse reconventionnelles.

Tom C. Stepper pour la défenderesse/demanderesse reconventionnelle.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Gowling WLG (Canada) LLP, Ottawa pour les demanderesse/défenderesse reconventionnelles.
Tom C. Stepper Professional Corporation, Calgary, pour la défenderesse/demanderesse reconventionnelle.

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

LA JUGE FUHRER :

I. Aperçu

[1] La validité du dessin industriel n° 120939 enregistré par les demanderesse au Canada le 30 décembre 2008, intitulé SHOE (dessin '939), est au cœur du présent litige. Si le dessin '939 était valide et exécutoire avant son expiration, la défenderesse a-t-elle alors violé le droit exclusif des demanderesse sur le dessin '939 pendant l'existence de ce droit exclusif de 10 ans? Dans l'affirmative, quelle est la portée de la responsabilité de la défenderesse envers les demanderesse?

[2] Comme je l'explique plus loin, je conclus que le dessin '939, maintenant expiré, était valide et en vigueur

relevant three-year period before the Plaintiffs commenced their action, and that the Defendant infringed it. As a consequence, the Plaintiffs are entitled to an accounting of the Defendant's profits from November 1, 2014 (three years before the Plaintiffs brought their action) to December 30, 2018 (when the '939 Design expired).

II. The Parties

[3] Crocs Canada, Inc. is a Canada corporation (Crocs Canada), while Crocs Inc. is a corporation of the State of Delaware, United States of America (Crocs US) (collectively, Crocs or Plaintiffs). Crocs US is primarily in the business of designing, creating, developing and manufacturing, selling and marketing footwear.

[4] Crocs Canada is owned indirectly by Crocs US. In addition, Crocs Canada is a licensee and distributor of Crocs branded merchandise to a variety of third party retailers in Canada, while Crocs US designs and oversees the design, and arranges for the manufacture and worldwide distribution, of Crocs branded footwear, including footwear bearing the '939 Design.

[5] Double Diamond Distribution Ltd. is a Saskatchewan corporation (Double Diamond or Defendant), operating as Dawgs and Canada Dawgs. Double Diamond has a line of footwear in Canada called Fleece Dawgs that is manufactured in China, imported for sale into Canada, and sold online through the website www.canadadawgs.com and through third party online retail websites, such as www.amazon.ca, www.ebay.ca, www.walmart.ca, and www.homehardware.ca. Fleece Dawgs products have been available for sale in Canada since 2008. Double Diamond's website sells and offers or exposes for sale Fleece Dawgs in all Canadian provinces. Its combined total gross sales of Fleece Dawgs footwear for the years 2013–2018 were \$1 163 369.

au cours de la période visée de trois ans précédant l'action des demandereses et que la défenderesse a violé le droit exclusif relatif au dessin '939. Par conséquent, les demandereses ont droit à une restitution des profits perçus par la défenderesse du 1^{er} novembre 2014 (ce qui correspond aux trois années précédant l'action des demandereses) au 30 décembre 2018 (ce qui correspond à la date d'expiration du dessin '939).

II. Parties

[3] Crocs Canada, Inc. est une société canadienne (Crocs Canada), tandis que Crocs Inc. est une société de l'État du Delaware, aux États-Unis (Crocs US) (collectivement, Crocs ou les demandereses). Les activités de Crocs US consistent principalement à concevoir, créer, élaborer, fabriquer, vendre et commercialiser des chaussures.

[4] Crocs US détient indirectement Crocs Canada. En outre, Crocs Canada est titulaire d'une autorisation et distributeur des marchandises de marque Crocs à différents détaillants tiers au Canada, tandis que Crocs US conçoit les chaussures de marque Crocs, notamment celles conçues conformément au dessin '939, supervise leur conception et s'occupe de leur fabrication et de leur distribution à l'échelle mondiale.

[5] Double Diamond Distribution Ltd. est une société de la Saskatchewan (Double Diamond ou la défenderesse) qui exerce ses activités sous le nom de Dawgs et de Canada Dawgs. Double Diamond a une gamme de chaussures au Canada, appelée Fleece Dawgs, qui est fabriquée en Chine, importée au Canada en vue de la vente et vendue en ligne sur le site Web www.canadadawgs.com et sur des sites Web tiers de vente au détail en ligne comme www.amazon.ca, www.ebay.ca, www.walmart.ca et www.homehardware.ca. Les chaussures Fleece Dawgs sont vendues au Canada depuis 2008. Sur son site Web, Double Diamond vend et offre ou expose en vue de la vente les chaussures Fleece Dawgs dans toutes les provinces du Canada. Pour les années 2013 à 2018, le montant combiné des ventes brutes totales de chaussures Fleece Dawgs s'élevait à 1 163 369 \$.

[6] Crocs and Double Diamond are competitors in the market for clog-style footwear in Canada.

[6] Au Canada, Crocs et Double Diamond sont des concurrentes sur le marché des chaussures de style sabot.

III. '939 Design

[7] Crocs US is the proprietor of the '939 Design which it registered in Canada on December 30, 2008. The applicable maintenance fee was paid mid-term, and the '939 Design expired on December 30, 2018, 10 years after registration.

[8] The '939 Design comprises the following features, as shown in the described drawings:

The design is the visual features of a shoe shown in the drawings, whether those features are features of shape, pattern, configuration or ornament or are **a combination of any of these features**, with non-design portions of the article shown with stippled lines. **The tread pattern of the sole forms no part of the design.** In the drawings:

Fig.1 is a front perspective view of a shoe embodying the design;

Fig.2 is a front view;

Fig.3 is a back view;

Fig.4 is an inner side view;

Fig.5 is an outer side view;

Fig.6 is a top view; and

Fig.7 is a bottom view.

[Emphasis added.]

III. Dessin '939

[7] Crocs US est la propriétaire du dessin '939, qu'elle a enregistré au Canada le 30 décembre 2008. Les droits périodiques applicables ont été payés cinq ans plus tard, et le dessin '939 a expiré le 30 décembre 2018, soit 10 ans après son enregistrement.

[8] Le dessin '939 présente les caractéristiques suivantes, comme le montrent les esquisses décrites ci-dessous :

[TRADUCTION] Le dessin représente les caractéristiques visuelles d'une chaussure illustrée dans les esquisses, que ces caractéristiques ou cette combinaison de caractéristiques touchent la configuration, le motif ou les éléments décoratifs, et les parties de l'objet qui ne sont pas comprises dans le dessin sont représentées en lignes pointillées. Le motif de la semelle ne fait pas partie du dessin. Dans les esquisses :

la figure 1 est une vue en perspective du devant d'une chaussure qui incorpore le dessin;

la figure 2 est une vue du devant;

la figure 3 est une vue du derrière;

la figure 4 est une vue du côté interne;

la figure 5 est une vue du côté externe;

la figure 6 est une vue du dessus;

la figure 7 est une vue du dessous.

[Non souligné dans l'original.]

[9] The drawings are reproduced below:

[9] Les esquisses sont reproduites ci-après :

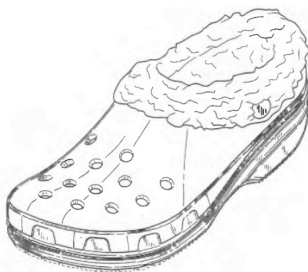


FIG.1



FIG.2



FIG.3



FIG.4



FIG.5



FIG.6

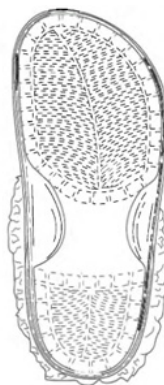


FIG.7

[10] Double Diamond has never held a licence from Crocs US in relation to the '939 Design nor has Crocs US ever authorized Double Diamond to apply the '939 Design to any article.

IV. Dispute and Issues

[11] The Plaintiffs allege that the Defendant's Fleece Dawgs footwear are unlawful imitations and infringing copies of Crocs' registered '939 Design which has been applied to the Defendant's products. Further, they assert that the Defendant's Fleece Dawgs products do not differ substantially from the '939 Design. In light of the similarities between the Defendant's products, and Crocs' products and the '939 Design, the Plaintiffs say that there is a likelihood that consumers would associate the Defendant's products with the '939 Design.

[12] The Plaintiffs allege that Double Diamond has not met its burden to prove the '939 Design was invalid, and therefore, the Plaintiffs are entitled to declaratory relief, an accounting of profits (at their election, instead of damages), pre- and post-judgment interest, and their costs. In light of the expiry of the '939 Design after the Plaintiffs commenced their action, they have confirmed that they no longer seek an injunction, nor destruction or delivery up of infringing articles. Further, as memorialized in Case Management Judge (CMJ) Tabib's Order of March 12, 2021 (March 12, 2021 Order), the Plaintiffs confirm that they are not seeking compensation for or asserting infringement with respect to any shoe model that has a strap on it.

[13] The Defendant, Double Diamond denies that its Fleece Dawgs products are unlawful imitations and infringing copies of the '939 Design, and alleges about 25 points of differentiation between the '939 Design and Fleece Dawgs footwear reproduced in Annex A to these reasons. Double Diamond counterclaims for invalidity or non-infringement declarations and seeks costs on a solicitor-client basis, further alleging the Plaintiffs' action is vexatious, abusive and frivolous.

[10] Double Diamond n'a jamais été titulaire d'une autorisation de Crocs US relativement au dessin '939, et Crocs US n'a jamais autorisé Double Diamond à appliquer le dessin '939 à un objet.

IV. Différend et questions en litige

[11] Les demanderesse allèguent que les chaussures Fleece Dawgs de la défenderesse sont des imitations illégales et des copies contrefaites du dessin '939 enregistré par Crocs, qui a été appliqué aux produits de la défenderesse. En outre, elles font valoir que les produits Fleece Dawgs de la défenderesse ne diffèrent pas de façon importante du dessin '939. Compte tenu des similitudes entre les produits de la défenderesse, les produits de Crocs et le dessin '939, les demanderesse affirment qu'il existe une probabilité que les consommateurs associent les produits de la défenderesse au dessin '939.

[12] Les demanderesse allèguent que, comme Double Diamond ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombeait de prouver que le dessin '939 était invalide, elles ont droit à un jugement déclaratoire, à une restitution des profits (à leur choix, au lieu des dommages-intérêts), à des intérêts avant et après jugement ainsi qu'à des dépens. Puisque le dessin '939 a expiré après qu'elles ont intenté leur action, les demanderesse ont confirmé qu'elles ne demandent plus d'injonction ni la destruction ou la restitution des objets contrefaits. De plus, comme l'a déclaré la juge responsable de la gestion de l'instance, M^{me} Tabib, dans son ordonnance du 12 mars 2021 (l'ordonnance du 12 mars 2021), les demanderesse confirment qu'elles ne demandent pas d'indemnisation et qu'elles n'invoquent pas la contrefaçon relativement à tout modèle de chaussure à sangle.

[13] La défenderesse, Double Diamond, nie que ses produits Fleece Dawgs sont des imitations illégales et des copies contrefaites du dessin '939, et elle énumère près de 25 points de distinction entre le dessin '939 et les chaussures Fleece Dawgs, qui sont reproduits à l'annexe A des présents motifs. Double Diamond présente une demande reconventionnelle en vue d'obtenir des déclarations d'invalidité ou d'absence de contrefaçon et demande des dépens sur une base avocat-client au motif

[14] The basis for the invalidity counterclaim resides in the discrepancies and inconsistencies which Double Diamond says subsist in the figures that comprise the '939 Design, thus resulting in more than one design, contrary to section 10 of the applicable *Industrial Design Regulations*, SOR/99-460 (ID Regulations). The following is an example provided in the Amended Statement of Defence and Counterclaim:



Figure 1



Figure 4

[15] In the alternative, Double Diamond asserts that the '939 Design is not unique or original.

[16] I thus find that the issues for the Court to determine in this action are:

- A. Whether the '939 Design was invalid because (a) it comprises more than one design contrary to section 10 of the ID Regulations, or (b) it is not original having regard to the prior art;
- B. Whether any design features of the '939 Design were dictated solely by utilitarian function;
- C. Whether the Defendant infringed the '939 Design based on its making, importing for the purposes of trade or business, selling and offering and exposing for sale, its Fleece Dawgs footwear;

que l'action intentée par les demandereses est vexatoire, abusive et frivole.

[14] La demande reconventionnelle en invalidité repose sur les contradictions et les incohérences qui, selon Double Diamond, demeurent dans les figures qui composent le dessin '939, ce qui donne lieu à plus d'un dessin, en contravention avec l'article 10 du *Règlement sur les dessins industriels*, DORS/99-460 (le Règlement). Voici un exemple fourni dans la défense et demande reconventionnelle modifiée :

[15] Subsidiairement, Double Diamond affirme que le dessin '939 n'est ni unique ni original.

[16] Je conclus donc que les questions que la Cour doit trancher en l'espèce sont les suivantes :

- A. Le dessin '939 était-il invalide au motif a) qu'il est composé de plus d'un dessin, en contravention avec l'article 10 du Règlement, ou b) qu'il n'est pas original eu égard à l'art antérieur?
- B. Les caractéristiques du dessin '939 résultaient-elles uniquement de la fonction utilitaire?
- C. En fabriquant, en important à des fins commerciales, en vendant ainsi qu'en offrant et en exposant en vue de la vente ses chaussures Fleece Dawgs, la défenderesse a-t-elle contrefait le dessin '939?

- D. (a) If the '939 Design was valid and infringed, whether the Plaintiffs are entitled to an accounting of the Defendant's profits and the quantum of said profits; (b) whether Double Diamond's profit analysis for Fleece Dawgs products and supporting financial statements are admissible;
- E. Whether the action is vexatious, abusive or frivolous and whether the Defendant is entitled to costs of the action on a solicitor-client basis; and
- F. Whether the Plaintiffs' delay in commencing the action entitles the Defendant to an inference of no infringement and disentitles Plaintiffs to relief.

- D. a) Si le dessin '939 est valide et a été contrefait, les demanderesse ont-elles droit à une restitution des profits perçus par la défenderesse et, si oui, à quelle hauteur? b) L'analyse des profits tirés des produits Fleece Dawgs ainsi que les états financiers justificatifs sont-ils admissibles?
- E. L'action intentée est-elle vexatoire, abusive ou frivole et la défenderesse a-t-elle droit à des dépens sur une base avocat-client?
- F. Le temps mis par les demanderesse à intenter l'action donne-t-il à la défenderesse le droit à une conclusion d'absence de contrefaçon et prive-t-il les demanderesse de leur droit à une mesure de réparation?

[17] I note that Double Diamond raised an additional issue at trial regarding the Plaintiffs' delay in bringing their action, namely, whether a tacit inference could be drawn about a lack of infringement before the proceeding was commenced, and whether the delay would disentitle the Plaintiffs to relief in the event of success. I address this late-raised issue of delay below, under F.

[17] Je souligne qu'à l'audience, Double Diamond a soulevé une autre question concernant le temps mis par les demanderesse à intenter leur action : une inférence tacite d'absence de contrefaçon peut-elle être tirée avant le début de l'instance et ce temps d'attente prive-t-il les demanderesse de leur droit à une mesure de réparation si elles obtiennent gain de cause? Je me penche sur cette question soulevée tardivement plus loin, au point F.

V. Parties' Evidence

[18] There are four witnesses who testified at trial. The Plaintiffs' witnesses comprised fact witness Erik Olson, and expert witness Ian Whatley. The Defendant's witnesses comprised two fact witnesses, Steven Mann and Jian Chen. I summarize the evidence of each of these witnesses below.

(1) Crocs' Fact Witness: Erik Olson

[19] Erik Olson is the Senior Vice-President, Sourcing and Product Development of Crocs US. Since he joined the company in 2005, Mr. Olson's fundamental role with Crocs US has been in the area of product development, from creation through to taking products to market. As the company grew, his roles became more management focussed and more strategic, and eventually included commercialization. In 2018, he took on additional roles of global sourcing, including selecting manufacturers,

V. Preuve des parties

[18] Quatre personnes ont témoigné au procès. Les demanderesse ont fait comparaître le témoin des faits Erik Olson et le témoin expert Ian Whatley. La défenderesse a fait comparaître deux témoins des faits, Steven Mann et Jian Chen. Je résume ci-dessous les témoignages de chacun de ces témoins.

1) Témoin des faits de Crocs : Erik Olson

[19] Erik Olson est vice-président directeur, Approvisionnement et développement de produits, chez Crocs US. Depuis qu'il s'est joint à la société en 2005, M. Olson s'occupe principalement du développement de produits, de leur création à leur mise en marché. À mesure que la société a pris de l'expansion, M. Olson a de plus en plus exercé des fonctions stratégiques et axées sur la gestion, qui ont fini par inclure la commercialisation. En 2018, il a assumé de nouvelles

working with manufacturing groups (i.e. third party contract manufacturers or factory groups), and launching products.

[20] Mr. Olson testified that Crocs Canada originally was incorporated on August 11, 1993 under the name Evasol Plastics Inc. and later changed its name to Crocs Canada Inc. on May 29, 2007. He also explained that Crocs acquired Foam Creations Canada in 2004.

[21] Mr. Olson described that there were no other shoes like those of Crocs in 2002. It is a unique product with a unique brand. Today, Crocs shoes are sold in multiple countries around the world and in 2021, they sold more than 700 million pairs of shoes. When asked what steps Crocs takes to protect its intellectual property, Mr. Olson answered that they monitor the market for infringing products, among other steps, including all the way up to litigation. He provided an example of Crocs having terminated 70 000 online auctions. Mr. Olson also testified in cross-examination that when a new product is created, a presentation is made to the legal department to take a look at it and advise whether to file design patents, patents, or what the general place of the product is.

[22] According to Mr. Olson, the '939 Design was developed in 2006 by Stefano del Biondi and Lucio Stefanello of Walk Pro, an Italian consulting partner. Mr. Olson explained that Crocs then provided the two-dimensional design to their design partners in China to create actual product reflecting the design intent. He testified that Crocs Mammoth shoe or clog was the resulting primary product, and that they had different variations including the Mammoth Luxe. Crocs started selling its Mammoth line in the second half of 2007. Canadian sales of Mammoth clogs between 2011 and 2017 were nearly \$2 million in Canadian dollars. Below is a side view image of the Crocs Mammoth clog (lined):

fonctions d'approvisionnement mondial, notamment la sélection des fabricants, la collaboration avec des groupes de fabricants (par exemple des fabricants tiers en sous-traitance ou des groupes d'usines) et le lancement de produits.

[20] M. Olson a témoigné que Crocs Canada avait initialement été constituée en société le 11 août 1993, sous le nom d'Evasol Plastics Inc., et qu'elle avait par la suite changé pour Crocs Canada Inc. le 29 mai 2007. Il a ajouté que Crocs avait acquis Foam Creations Canada en 2004.

[21] M. Olson a expliqué qu'en 2002, il n'existait pas d'autres chaussures comme celles de Crocs. Il s'agit d'un produit unique ayant une marque unique. De nos jours, les chaussures Crocs sont vendues dans de nombreux pays et, en 2021, Crocs a vendu plus de 700 millions de paires de chaussures. Lorsqu'on lui a demandé les mesures que prend Crocs pour protéger ses droits de propriété intellectuelle, M. Olson a répondu que, parmi ces mesures, qui peuvent aller jusqu'à la poursuite, Crocs surveille le marché, à l'affût de produits contre-faits. À titre d'exemple, il a indiqué que Crocs avait mis fin à 70 000 ventes aux enchères en ligne. En contre-interrogatoire, M. Olson a également déclaré que, lorsqu'un nouveau produit est créé, il est présenté au service juridique, qui l'examine et fait savoir s'il convient de déposer une demande de brevet de conception ou une demande de brevet ou quelle est la position générale du produit sur le marché.

[22] Selon M. Olson, le dessin '939 a été créé en 2006 par Stefano del Biondi et Lucio Stefanello de Walk Pro, un partenaire-conseil italien. M. Olson a expliqué que Crocs fournissait ensuite à ses partenaires concepteurs en Chine le dessin en deux dimensions pour qu'ils créent un produit correspondant à la conception prévue. Il a déclaré que la chaussure ou le sabot Mammoth de Crocs était le principal produit ayant découlé du dessin '939 et qu'il existait différentes variantes de ce produit, notamment le modèle Mammoth Luxe. Crocs a commencé à vendre sa gamme de chaussures Mammoth au cours de la deuxième moitié de 2007. Entre 2011 et 2017, les ventes au Canada de sabots Mammoth se sont élevées à près de deux millions de dollars canadiens. L'image

ci-dessous montre une vue de côté du sabot Mammoth (doublé) de Crocs :



[23] Mr. Olson characterizes Double Diamond's Fleece Dawgs and Beach models as direct copies of products launched earlier at Crocs. To the best of Mr. Olson's knowledge, Crocs started to sell their Beach model, depicted below, in 2002:

[23] M. Olson qualifie les modèles Fleece Dawgs et Beach de Double Diamond de copies intégrales de produits lancés auparavant sur le marché par Crocs. Selon M. Olson, Crocs a commencé à vendre son modèle Beach, illustré ci-dessous, en 2002 :



[24] Mr. Olson further testified that the Fleece Dawgs continue to be sold on the Defendant's Canadian website. Below is a side view image of the Fleece Dawgs clog and the Beach Dawgs clog:

[24] M. Olson a en outre déclaré que le modèle Fleece Dawgs continue d'être vendu sur le site Web canadien de la défenderesse. Les images ci-dessous montrent une vue de côté du sabot Fleece Dawgs et du sabot Beach Dawgs :





[25] In cross-examination, Mr. Olson admitted that he did not know whether Crocs took any steps regarding Fleece Dawgs between 2008, when Fleece Dawgs first were marketed, and 2017, when the action was commenced, and he could not say why Crocs did not take any steps during this period.

[26] According to Mr. Olson, the Crocs Mammoth clog was designed to have a prominent liner which you could see through the holes in the shoe, different than a prior Crocs clog. The shape of the Mammoth clog was adjusted to be taller and wider. Its volumes were changed in the overall shape and design proportions to get a more comfortable fit. Despite these differences, Mr. Olson testified that the Mammoth clog was still identifiable as a Crocs shoe. Mr. Olson testified that the placement of the holes in the Mammoth clog were random, but later admitted that the holes depict a fan shape.

[27] Mr. Olson explained that the fleece which folds down over the edge of the shoe, the rivet, the perforations on the top of the shoe, and the overall design of the shoe, namely its shape and volumes, are unique design characteristics that all work in unison when applied to the Mammoth clog. Mr. Olson testified that the Mammoth clog design was the first of its kind, with respect to the overall shape, the fleece lining, and the holes through to the lining.

[28] Mr. Olson further testified that the Mammoth clog design has trapezoid-shaped indentations at the very front of the shoe which is part of the total sidewall design aesthetic. That said, Mr. Olson admitted in examination

[25] En contre-interrogatoire, M. Olson a reconnu qu'il ne savait pas si Crocs avait pris des mesures concernant le modèle Fleece Dawgs entre 2008, année où il a été commercialisé pour la première fois, et 2017, année où l'action a été intentée. Il n'a pas non plus été en mesure d'expliquer pourquoi Crocs n'avait pris aucune mesure au cours de cette période.

[26] Selon M. Olson, le sabot Mammoth de Crocs a été conçu avec une doublure visible à travers ses ouvertures, ce qui différait de l'ancien modèle de sabot de Crocs. La forme du sabot Mammoth a été haussée et élargie. Les volumes du sabot, à savoir sa forme et ses proportions générales, ont été modifiés pour plus de confort. Malgré ces différences, M. Olson a déclaré que le sabot Mammoth pouvait encore être considéré comme une chaussure de marque Crocs. M. Olson a témoigné que la position des ouvertures sur le sabot Mammoth est aléatoire, mais il a par la suite reconnu que ces ouvertures sont disposées en éventail.

[27] M. Olson a expliqué que la doublure en molleton qui se replie sur le bord de la chaussure, le rivet, les ouvertures sur le dessus de la chaussure et la conception générale de la chaussure, à savoir sa forme et ses volumes, sont des caractéristiques de conception uniques qui forment un tout lorsqu'il est question du sabot Mammoth. M. Olson a indiqué que le dessin du sabot Mammoth, tant en raison de la forme générale, de la doublure en molleton que des ouvertures à travers lesquelles la doublure est visible, était le premier en son genre.

[28] M. Olson a en outre déclaré que le sabot Mammoth présente des indentations en forme de trapèze à l'avant de la chaussure, ce qui fait partie de l'esthétique globale de la conception des côtés. Cela dit, lors

for discovery that the indentations are not distinctive of the Crocs design in general. Mr. Olson confirmed that these trapezoid-shaped indentations are not present on the Fleece Dawgs shoes, though there is the same stippling or dots pattern.

(2) Crocs' Expert Witness: Ian Whatley

[29] As explained below, I substantially accept Mr. Whatley's evidence in this proceeding.

[30] Mr. Whatley is an independent consultant with more than 40 years of experience in the footwear industry. He is a bioengineer and footwear expert. His expertise includes footwear design, research and development, structure, function, production, and knowledge of intellectual property design protection. He produced two reports dated January 10, 2020 (First Report) and July 21, 2020 (Second Report), on which he was examined and cross-examined, that were taken as read.

[31] The Defendant's counsel raised an initial objection at the trial regarding Mr. Whatley's reference to "market confusion to an informed consumer" in his First Report, given that Mr. Whatley was not qualified as a survey expert and no survey was conducted. The Plaintiffs' counsel replied that Mr. Whatley was not being put forward as a market or survey expert.

[32] Because of the late stage at which the objection was raised (i.e. at trial, which is a strategy the Court strongly discourages), I was not prepared to consider disqualifying Mr. Whatley, or to not hear from him, as the Defendant's counsel urged. I indicated that instead I would consider the objection in the context of the weight I would give to Mr. Whatley's evidence after hearing from him.

[33] I note that Double Diamond had more than one year to object to the Plaintiffs' expert reports

de l'interrogatoire préalable, M. Olson a reconnu que les indentations ne sont pas propres à la conception des chaussures Crocs en général. Il a confirmé que ces indentations en forme de trapèze ne se retrouvent pas sur les chaussures Fleece Dawgs, bien que les motifs en pointillés soient identiques.

2) Témoin expert de Crocs : Ian Whatley

[29] Comme je l'explique plus loin, je retiens l'essentiel du témoignage de M. Whatley dans la présente instance.

[30] M. Whatley est un consultant indépendant comptant plus de 40 ans d'expérience dans l'industrie de la chaussure. Il est bio-ingénieur et expert en chaussures. Son expertise comprend la conception de chaussures, la recherche et le développement, la structure, la fonction, la production, ainsi que des connaissances en matière de protection de dessins visés par la propriété intellectuelle. Il a produit deux rapports, le premier le 10 janvier 2020 et le deuxième le 21 juillet 2020, au sujet desquels il a été interrogé et contre-interrogé, qui ont été considérés comme ayant été lus.

[31] Au procès, étant donné que M. Whatley n'était pas reconnu comme expert en sondages et qu'aucun sondage n'avait été mené, l'avocat de la défenderesse a soulevé une première objection concernant la référence par M. Whatley à une [TRADUCTION] « confusion sur le marché pour un consommateur informé » dans son premier rapport. Les avocats des demandresses ont répliqué que M. Whatley n'avait pas été présenté en tant qu'expert du marché ou expert en sondages.

[32] L'objection ayant été soulevée à un stade avancé de l'instance (c'est-à-dire au procès, une stratégie que la Cour déconseille fortement), je n'étais pas disposée à écarter M. Whatley comme témoin ou à ne pas l'entendre, comme l'a demandé l'avocat de la défenderesse. J'ai plutôt indiqué que je tiendrais compte de l'objection en fonction du poids que j'accorderais au témoignage de M. Whatley après l'avoir entendu.

[33] Je fais remarquer que Double Diamond disposait de plus d'un an pour s'opposer aux rapports d'expert

pursuant to rule 52.5 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106. (This rule has been constant throughout the action.) In particular, subsection 52.5(2) stipulates the manner for raising an objection. The Defendant did not bring any pre-trial motion under this rule to disqualify Mr. Whatley from testifying during the many months in advance of the trial it could have done so. I further note the March 12, 2021 Order confirms, as of that date, that “the parties have not raised any objections as to the qualification of each other’s expert **or their ability to testify as experts.**” [Emphasis added.]

[34] Having heard Mr. Whatley, and having considered the parties’ closing submissions regarding the admissibility of his evidence, I am not convinced anything turns on his use of the term “market confusion” in the First Report. That said, I agree with the Defendant that Mr. Whatley somewhat exceeded his mandates by expressing an opinion regarding confusion. His overall opinions, however, regarding validity and infringement of the '939 Design are not affected by this misstep, in my view.

[35] As noted by the Supreme Court, “it would be overly technical to reject expert evidence simply because the witness ventures an opinion beyond the area of expertise for which he or she has been qualified”: *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, at page 244, 1993 CanLII 37. In addition, the Supreme Court guides that, judges “are accustomed to disabusing their minds of inadmissible evidence” and where the expert’s evidence strays beyond its scope, “the ... judge must not assign any weight to the **inadmissible parts**” (emphasis added): *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272, at paragraph 48. I take from these decisions that expert evidence may be deemed inadmissible in part, and that the whole of the expert’s evidence is not necessarily tainted because the expert strayed outside the scope of their mandate, depending on the circumstances.

des demandereses, en application de la règle 52.5 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [Règles]. (Cette règle n’a pas été modifiée au cours de l’instance.) Plus précisément, le paragraphe 52.5(2) des Règles prévoit la manière de soulever une objection. Au cours des nombreux mois ayant précédé le procès, la défenderesse n’a présenté aucune requête préalable en vertu de cette règle en vue de faire écarter M. Whatley comme témoin, alors qu’elle aurait pu le faire. Je souligne également que, selon l’ordonnance du 12 mars 2021, depuis cette date, [TRADUCTION] « les parties n’ont soulevé aucune objection quant aux compétences de leur expert respectif ou quant à leur habilité à témoigner à titre d’experts ». [Non souligné dans l’original.]

[34] Après avoir entendu M. Whatley, et après avoir examiné les observations finales des parties concernant l’admissibilité de son témoignage, je ne suis pas convaincue que son utilisation de l’expression [TRADUCTION] « confusion sur le marché » dans le premier rapport revête une quelconque importance. Cela dit, je suis d’accord avec la défenderesse que M. Whatley a quelque peu outrepassé son mandat en exprimant une opinion à cet égard. Cependant, je suis d’avis que cette maladresse n’a aucune conséquence sur son opinion générale au sujet de la validité et de la contrefaçon du dessin '939.

[35] Comme l’a déclaré la Cour suprême, « il serait excessivement formaliste de rejeter le témoignage d’expert pour la simple raison que le témoin se permet de donner une opinion qui s’étend au-delà du domaine d’expertise pour lequel il a été qualifié » : *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, à la page 244, 1993 CanLII 37. De plus, selon la Cour suprême, le juge « est rompu à l’art de faire abstraction d’une preuve irrecevable » et, lorsque le témoignage d’un expert dépasse les limites du domaine d’expertise, « le juge [...] n’accorde aucune importance aux portions inadmissibles » (non souligné dans l’original) : *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272, au paragraphe 48. Je retiens de ces arrêts qu’en fonction des circonstances, un témoignage d’expert peut être jugé inadmissible en partie et que le témoignage de l’expert dans son ensemble n’est pas nécessairement entaché par le fait que l’expert a dépassé les limites de son mandat.

[36] For these reasons and in the circumstances here, including the late stage at which the issue was raised, I find only paragraph 78 and the second sentence of paragraph 84 of the First Report are inadmissible. I am not persuaded, however, as urged by the Defendant, that the whole of Mr. Whatley's evidence should be discounted or given no weight.

[37] I add that during cross-examination, the Defendant's counsel described Mr. Whatley as "Crocs employee." Mr. Whatley strongly disagreed with this (mis)characterization. Although Crocs previously retained Mr. Whatley as an expert witness, I am not prepared to infer, without anything more, that this means Mr. Whatley somehow was biased.

[38] Turning, therefore, to the remainder of the expert evidence, Mr. Whatley was given two items, Exhibits F and G to his First Report reproduced below, that he was asked to assume were "prior art" and to examine against the '939 Design, from the perspective of the informed consumer.

Exhibit F to First Report

(Blue Horn Shoe)



[36] Pour ces motifs et dans les circonstances de l'es-pèce, notamment le fait que la question a été soulevée à un stade avancé de l'instance, je juge inadmissibles uniquement le paragraphe 78 et la deuxième phrase du paragraphe 84 du premier rapport. Cependant, malgré ce que fait valoir la défenderesse, je ne puis conclure que le témoignage de M. Whatley dans son ensemble devrait être écarté ni qu'aucune valeur ne devrait lui être accordée.

[37] J'ajoute qu'en contre-interrogatoire, l'avocat de la défenderesse a qualifié M. Whatley [TRADUCTION] d'« employé de Crocs ». M. Whatley a catégoriquement rejeté cette qualification (erronée). Bien que Crocs ait auparavant fait appel à M. Whatley à titre de témoin expert, je ne suis pas disposée à conclure, sans autre élément à l'appui, que cela signifie que M. Whatley était d'une certaine manière partial.

[38] Quant au reste du témoignage d'expert, M. Whatley a reçu deux pièces, à savoir les pièces F et G jointes à son premier rapport et reproduites ci-après, qu'il devait considérer comme [TRADUCTION] « l'art antérieur » et examiner en regard du dessin '939 en adoptant le point de vue du consommateur informé.

Pièce F jointe au premier rapport

(chaussure Blue Horn)

Exhibit G to First Report

Pièce G jointe au premier rapport



[39] Mr. Whatley concluded that the '939 Industrial Design is markedly different from the sparse prior art in a field that is not crowded. In his expert opinion, the '939 Design was pioneering a new field, a subfield of footwear aesthetics that was original with nothing like it previously in the market. Further, in Mr. Whatley's view, no feature of the '939 Design was dictated solely by function; there are different ways of doing any one part of the shoe. For example, Mr. Whatley explained that fleece provides warmth but it does not look only one possible way when placed inside a shoe; in addition, the fleece provides no warmth on the outside of the shoe when folded over to form the collar but instead provides ornamentation.

[40] Mr. Whatley testified that the scope of the '939 Design is "the visual features of the shoe shown in the drawings[... i]t's everything, the overall effect and interaction with the exception of that tread pattern." He summarized the key visual effects as the:

[39] M. Whatley a conclu que le dessin industriel '939 est nettement différent des rares réalisations de l'art antérieur présentes dans un domaine peu exploité. Selon son avis d'expert, le dessin '939 constituait une innovation dans un nouveau domaine, un sous-domaine de l'esthétique de la chaussure qui était original, rien de semblable n'ayant existé auparavant sur le marché. En outre, M. Whatley était d'avis qu'aucune caractéristique du dessin '939 ne résultait uniquement de la fonction utilitaire. Chaque partie de la chaussure peut être placée de différentes façons. Par exemple, M. Whatley a expliqué que la doublure en molleton apporte de la chaleur, mais qu'une fois à l'intérieur d'une chaussure, plusieurs styles sont possibles. D'ailleurs, lorsqu'elle est repliée sur elle-même pour former le col, la doublure en molleton n'apporte aucune chaleur à l'extérieur de la chaussure. Elle sert plutôt d'élément décoratif.

[40] M. Whatley a témoigné que la portée du dessin '939 s'étend [TRADUCTION] « aux caractéristiques visuelles de la chaussure qui sont présentées dans les esquisses; au tout, à savoir le résultat global et l'interaction, à l'exception du motif de la semelle ». Il a

(i) overall shape of the shoe; (ii) fold over fleece collar; (iii) two decorative discs positioned at the golden mean (on each side of the shoe); and (iv) fingertip sized holes through which, uniquely, one can see the back of the lining (that is, the fleece).

[41] With these effects in mind, Mr. Whatley opined that the exemplar Dawgs shoe he examined is extremely close to the '939 Design. In his view, they share the above key features that are absent from the prior art, i.e. the overall shape, the fold over fleece collar, the decorative discs, and the lining visible through the fingertip sized holes in the band or vamp on the front top of the shoe. He testified further that he finds them “nigh identical” with slight ornamentation differences. These features are absent from the prior art, in Mr. Whatley’s opinion.

[42] Regarding the Defendant’s alleged points of differentiation between the '939 Design and Fleece Dawgs footwear, Mr. Whatley testifies that these are “little things” and further, they include the tread which is disclaimed in the '939 Design.

[43] On cross-examination, Mr. Whatley testified that he was not put forward as a survey expert, nor as an expert on market confusion, and that he did not conduct a survey as part of his research for his report, nor was he directed to look at market confusion. He further testified that an informed consumer is a hypothetical construct in which a purchaser or potential purchaser is informed of, or knows about, the prior art relative to the '939 Design.

[44] When questioned on cross-examination about the fleece component of the '939 Design in the context of Mr. Whatley’s consideration of whether functionality forced the form of the design, Mr. Whatley replied that

résumé ainsi les principales caractéristiques visuelles : (i) la forme générale de la chaussure; (ii) la doublure en molleton qui se replie sur elle-même pour former le col; (iii) deux rivets décoratifs placés idéalement de chaque côté de la chaussure; et (iv) des ouvertures de la taille d’un bout de doigt à travers lesquelles, fait unique, il est possible de voir le revers de la doublure (c’est-à-dire le molleton).

[41] En tenant compte de ces caractéristiques, M. Whatley a estimé que le modèle de chaussure Dawgs qu’il a examiné est extrêmement semblable au dessin '939. Selon lui, ils ont en commun les principales caractéristiques mentionnées plus haut qu’on ne retrouve pas dans l’art antérieur, c’est-à-dire la forme générale, la doublure en molleton qui se replie sur elle-même pour former le col, les rivets décoratifs et la doublure visible à travers les ouvertures de la taille d’un bout de doigt sur la bande ou l’empeigne sur le dessus de la chaussure, à l’avant. Il trouve également qu’ils sont [TRADUCTION] « quasiment identiques », à part quelques éléments décoratifs légèrement différents. Selon M. Whatley, ces caractéristiques sont inexistantes dans l’art antérieur.

[42] En ce qui concerne les points de distinction entre le dessin '939 et les chaussures Fleece Dawgs, M. Whatley indique qu’ils sont [TRADUCTION] « mineurs » et qu’ils portent notamment sur la semelle, qui ne fait pas partie du dessin '939.

[43] En contre-interrogatoire, M. Whatley a affirmé qu’il n’avait pas été présenté en tant qu’expert en sondages ni en tant qu’expert sur la question de la confusion sur le marché, qu’il n’avait pas mené de sondage dans le cadre de ses recherches pour produire son rapport et qu’on ne lui avait pas demandé d’examiner la question de la confusion sur le marché. Il a en outre déclaré que le consommateur informé fait partie d’un scénario hypothétique dans lequel un acheteur ou un acheteur potentiel est informé de l’art antérieur par rapport au dessin '939 ou le connaît.

[44] Toujours en contre-interrogatoire, lorsqu’il a été interrogé au sujet de l’élément en molleton du dessin '939, dans le contexte de la question de savoir si, selon lui, la fonctionnalité déterminait la forme du dessin,

fleece can appear in shoes to give warmth in a very large number of ways and shapes. He also described several examples and concluded that fleece doesn't just provide warmth; it also can be used decoratively. Mr. Whatley concluded in his First Report that no elements of the '939 Design are dictated solely by function.

[45] When questioned on cross-examination about the different positions of the fleece collar on Figure 1 (above the lines) and Figure 4 (below the lines), as depicted in paragraph 14 above, Mr. Whatley responded that "parallax" (the concept that one's viewing position or angle can change the appearance of an object's shape) can factor into the different appearance between Figures 1 and 4.

[46] Mr. Whatley further explained that the '939 Design, which claims the visual features of a shoe, consists of seven figures that provide a two-dimensional representation of a three-dimensional object. Even taking parallax into account, the fleece collar remains differently positioned at the back as between Figures 1 and 4. He concludes, however, that this is an insubstantial variation in which some of the collar has been displaced.

[47] In Mr. Whatley's opinion, the '939 Design comprises a counterintuitive new use for fleece, something that people put in shoes for warmth, but when placed in a shoe with holes for keeping feet cool, it's a bit off and something that people wouldn't have thought of doing. As a result, this has produced a completely new aesthetic for the shoe, in his opinion. He explained further that it's the whole of the finished shape, configuration, pattern, ornamentation combination that is being produced. In his view, it is completely original and there is nothing like it in the prior art.

[48] According to Mr. Whatley, the scope of the '939 Design is set by an informed consumer who has

M. Whatley a répondu que le molleton peut être utilisé de nombreuses manières et sous diverses formes dans les chaussures pour apporter de la chaleur. Il a aussi fourni plusieurs exemples et a conclu que le molleton n'apporte pas seulement de la chaleur; il peut aussi avoir une fonction décorative. Dans son premier rapport, M. Whatley a conclu qu'aucun élément du dessin '939 ne résulte uniquement de la fonction utilitaire.

[45] En contre-interrogatoire, lorsqu'il a été interrogé sur les différentes positions du col en molleton illustrées au paragraphe 14 ci-dessus (au-dessus des lignes sur la figure 1 et en dessous des lignes sur la figure 4), M. Whatley a répondu que la [TRADUCTION] « parallaxe » (concept selon lequel la position ou l'angle de visualisation peut modifier l'apparence de la forme d'un objet) peut avoir une incidence sur l'apparence différente des figures 1 et 4.

[46] M. Whatley a également expliqué que le dessin '939, qui revendique les caractéristiques visuelles d'une chaussure, se compose de sept figures qui offrent une représentation en deux dimensions d'un objet en trois dimensions. Même si l'on tient compte de la parallaxe, il n'en demeure pas moins que la position du col en molleton est différente à l'arrière, si l'on compare les figures 1 et 4. M. Whatley conclut toutefois qu'il s'agit d'une variante négligeable où une partie du col a été déplacée.

[47] Selon M. Whatley, le dessin '939 présente une nouvelle utilisation contre-intuitive du molleton, que les gens mettent dans leurs chaussures pour tenir leurs pieds au chaud. Or, lorsque le molleton est placé dans une chaussure dotée d'ouvertures visant à garder les pieds frais, il s'agit d'une utilisation un peu bizarre et à laquelle les gens n'auraient pas pensé. Par conséquent, selon lui, le molleton a conféré à la chaussure une esthétique complètement nouvelle. Il a aussi expliqué que c'est l'ensemble combiné de la configuration, du motif et des éléments décoratifs finaux qui est produit. Selon lui, le dessin '939 est entièrement original, et rien de semblable n'existe dans l'art antérieur.

[48] Selon M. Whatley, la portée du dessin '939 est établie par un consommateur informé qui connaît l'art

knowledge of the prior art and who takes care or pays attention. In his opinion, the '939 Design and the Fleece Dawgs shoes are very different from the prior art but very similar to each other and hence confusing, even for an informed consumer. He admitted again in cross-examination, however, that he has not been put forward as a survey expert.

(3) Double Diamond's Fact Witness: Steven Mann

[49] Mr. Mann's background is in farming and agriculture. Suffering from back problems, he discovered EVA shoes at a sporting goods store in Saskatoon that did wondrous things for his back. He had an idea to start a footwear company and did a lot of research on injection molding. According to Mr. Mann, EVA stands for ethyl-vinyl acetate and is a petroleum by-product used in a number of industries, including footwear. EVA shoes can be made quickly with short manufacturing and shipping times. One can be creative with designs, colours and patterns.

[50] Mr. Mann is the founder of Double Diamond and the company's President and CEO. He also is the sole founder of the Dawgs footwear brand. Double Diamond has used the brand Dawgs since 2005, the year that the company was incorporated. Mr. Mann was aware of Crocs at that time.

[51] Mr. Mann testified that because of the litigation with Crocs, he started buying Rebound clogs off eBay over the years. His information and belief is that they were manufactured by Foam Creations in Canada since 2001. He had no knowledge of Foam Creations, however, until 2006.

[52] When asked by the Defendant's counsel to look at the Crocs Beach model (as depicted above in paragraph 23), Mr. Mann said that it looks like a Rebound shoe, with a strap on it but without a Crocs logo sticker. Below are a side view and bottom view of the Rebound shoe about which Mr. Mann was questioned:

antérieur et qui y prête attention. Selon lui, le dessin '939 et les chaussures Fleece Dawgs sont très différents de l'art antérieur, mais ils se ressemblent beaucoup et sèment donc la confusion, même chez un consommateur informé. Toutefois, en contre-interrogatoire, il a une fois de plus reconnu qu'il n'avait pas été présenté en tant qu'expert en sondages.

3) Témoin des faits de Double Diamond : Steven Mann

[49] M. Mann possède de l'expérience en agriculture. Souffrant de problèmes de dos, il a découvert les chaussures en CAV/E dans un magasin d'articles de sport à Saskatoon qui ont grandement soulagé ses problèmes de dos. Il a eu l'idée de créer une entreprise de chaussures et il a effectué de nombreuses recherches sur le moulage par injection. Selon M. Mann, l'abréviation CAV/E désigne le copolymère d'acétate de vinyle-éthylène, qui est un dérivé du pétrole utilisé dans plusieurs industries, notamment celle de la chaussure. Les chaussures en CAV/E peuvent être faites rapidement, dans de courts délais de fabrication et d'expédition. Il est possible de laisser libre cours à son imagination en ce qui concerne les styles, les couleurs et les motifs.

[50] M. Mann est le fondateur de Double Diamond et il en est le président et directeur général. Il est également l'unique fondateur de la marque de chaussures Dawgs. Double Diamond utilise la marque Dawgs depuis 2005, soit l'année où l'entreprise a été constituée en société. À cette époque, M. Mann connaissait Crocs.

[51] M. Mann a témoigné qu'en raison du litige avec Crocs, il a au fil des ans commencé à acheter des sabots Rebound sur eBay. Sur la foi de renseignements tenus pour véridiques, il affirme qu'ils sont fabriqués par Foam Creations au Canada depuis 2001. Il n'a toutefois appris l'existence de Foam Creations qu'en 2006.

[52] Lorsque l'avocat de la défenderesse lui a demandé de regarder le modèle Beach de Crocs (illustré ci-dessus au paragraphe 23), M. Mann a affirmé qu'il ressemble à une chaussure Rebound, avec une sangle, mais sans l'autocollant portant le logo de Crocs. Les images ci-dessous montrent une vue du côté et une vue

du dessous de la chaussure Rebound au sujet de laquelle M. Mann a été interrogé :



[53] Mr. Mann testified that he presently works with a manufacturer in Fuzhou, China and previously one in Xiamen, China. The process involves submitting a design, and then, samples going back and forth until approved. The factory next will make a shoe mold; EVA is heated and pumped into the mold. The shoe is still hot when it comes out; it is put onto a cooling line and then it is essentially finished, packaged and labelled. It takes only minutes to produce an EVA shoe; they are considered value, comfort shoes at low prices.

[53] M. Mann a déclaré qu'à l'heure actuelle, le fabricant avec lequel il travaille est situé à Fuzhou, en Chine, et que son ancien fabricant était établi à Xiamen, en Chine. Le processus consiste à soumettre un dessin au fabricant, puis à se renvoyer des échantillons, jusqu'à leur approbation. L'usine fabrique ensuite un moule de la chaussure. Le CAV/E est chauffé et injecté dans le moule. À sa sortie, la chaussure est encore chaude. Elle est placée sur un convoyeur de refroidissement, puis elle est pour ainsi dire finie, emballée et étiquetée. La production de chaussures en CAV/E ne prend que quelques minutes. Elles sont considérées comme des chaussures confortables et abordables.

[54] Regarding the design elements of the Fleece Dawgs shoe, Mr. Mann testified that he was trying to create a fan shape on the top of the shoe, with 11 rectangular holes and D-shaped pivot. Everything else on the very top is smooth. Then there is a smooth transition with four or five rows of protruding dots. The bottom is entirely smooth with a couple of ridges in it.

[54] En ce qui concerne les éléments graphiques de la chaussure Fleece Dawgs, M. Mann a témoigné qu'il tentait de créer la forme d'un éventail sur le dessus de la chaussure, avec 11 ouvertures rectangulaires, dont une en forme de D autour de laquelle les autres sont positionnées. Le reste de la partie supérieure de la chaussure est lisse. La transition vers la partie inférieure de la chaussure, qui est entièrement lisse, sauf pour quelques stries, se fait de manière harmonieuse grâce à quatre ou cinq rangées de points en relief.

[55] In addition, the dots transition back toward the connector or rivet on the side of the shoe to connect the fleece to the shoe. Mr. Mann testified that without the rivet, the fleece would come out when the foot was pulled from the shoe. The rivet also provides a branding opportunity; they have added their logo to it. In addition, wrapping the fleece around the shoe permits the fleece to be held more to the shoe itself, with the help of rubberized supports under the fleece. Double Diamond has the fleece manufactured in Fuzhou, China as well.

[56] Since 2017, the website www.canadadawgs.com has been Double Diamond's website through which the company sells its shoes directly to the consumer. From 2012 to 2019, Double Diamond has sold over 91 000 pairs of Fleece Dawgs shoes in Canada.

[57] Mr. Mann testified that his relationship with the manufacturer in Fuzhou was long standing and good. Mr. Mann confirmed in cross-examination that neither the manufacturer, Mr. Jian Chen (Double Diamond's second fact witness, discussed below), nor his brother, Mr. Yi Chen speaks English. He asked them both to sign declarations for this action.

[58] Mr. Mann admitted looking at footwear by Crocs and others in designing Fleece Dawgs, contrary to a statement he gave in other proceedings between the parties and in his examination for discovery in this action. He then explained that he designed around Crocs and other things that were in the market. Mr. Mann confirmed that he had not produced any documents relating to the design process for the Fleece Dawgs shoes. Further, the bulk of the design work may have been done at the factory in Fuzhou.

[59] Mr. Mann admitted that he had never sought intellectual property protection for a Fleece Dawgs design. In addition, he confirmed that Double Diamond has no licence from Crocs.

[55] En outre, les rangées de points continuent jusqu'aux attaches ou rivets situés de chaque côté de la chaussure, qui servent à fixer le molleton à la chaussure. M. Mann a déclaré que, sans ces rivets, le molleton sortirait au moment de retirer le pied de la chaussure. Ils servent aussi à valoriser la marque, de sorte que le logo y a été ajouté. De plus, comme le molleton enveloppe la chaussure, sa fixation à la chaussure elle-même est renforcée grâce à des supports caoutchoutés sous le molleton. Double Diamond fait également fabriquer le molleton à Fuzhou, en Chine.

[56] Depuis 2017, le site Web www.canadadawgs.com est celui de Double Diamond, qui l'utilise pour vendre ses chaussures directement aux consommateurs. De 2012 à 2019, Double Diamond a vendu au Canada plus de 91 000 paires de chaussures Fleece Dawgs.

[57] M. Mann a affirmé qu'il entretenait une bonne relation de longue date avec le fabricant situé à Fuzhou. En contre-interrogatoire, il a confirmé que ni le fabricant, Jian Chen (deuxième témoin des faits de Double Diamond, dont il est question ci-après), ni son frère, Yi Chen, ne parlent anglais. Il leur a demandé de signer des déclarations pour les besoins de la présente action.

[58] M. Mann a reconnu avoir regardé les chaussures créées par Crocs et d'autres concurrents au moment de concevoir les chaussures Fleece Dawgs. Cette déclaration contredit celle qu'il a faite dans d'autres procédures entre les parties et dans son interrogatoire préalable dans la présente action. Il a alors expliqué qu'il avait conçu ses chaussures de manière à ne pas contrefaire les chaussures Crocs et les autres chaussures vendues sur le marché. M. Mann a confirmé qu'il n'avait produit aucun document relatif au processus de conception des chaussures Fleece Dawgs. En outre, la majeure partie du travail de conception a peut-être été réalisée à l'usine située à Fuzhou.

[59] M. Mann a reconnu n'avoir jamais demandé la protection de la propriété intellectuelle à l'égard d'un dessin relatif aux chaussures Fleece Dawgs. Il a également confirmé que Double Diamond ne détient aucune autorisation accordée par Crocs.

[60] Mr. Mann was recalled solely to introduce into evidence Revised Document 76 from Double Diamond's productions comprising the profit analysis on Fleece Dawgs shoes for the years 2012 to 2019, with Crocs permitted full cross-examination on the document.

[61] In cross-examination, Mr. Mann testified that the document was prepared by their then in-house CPA (certified public accountant), Tim Ducie, who no longer is employed by Double Diamond. Mr. Mann offered no reason why Mr. Ducie could not have been called as a witness to testify.

[62] Mr. Mann further admitted he does not know what information Mr. Ducie provided to the company's accountants to prepare the financial statements from which Revised Document 76 was prepared. Mr. Mann confirmed that the financial statements provided by Double Diamond were unaudited and that they do not provide a breakdown of sales or costs/expenses on a product-by-product basis. In addition, Mr. Mann acknowledged some discrepancies between the data provided in the financial statements and information purportedly derived from them in Revised Document 76. Mr. Mann also confirmed that regarding some expenses, such as management consulting fees, advertising, and travel, could not be broken down or attributed specifically to Fleece Dawgs shoes.

(4) Double Diamond's Fact Witness: Jian Chen

[63] Mr. Jian Chen is the general manager of the company he established around 2001 called Fuzhou Xiang Sheng Footwear Co. Limited (Fuzhou). Mr. Chen, who does not speak English, testified in Mandarin with the assistance of an interpreter.

[64] Fuzhou is a China-based manufacturer that produces the Defendant's Fleece Dawgs footwear for importation to Canada and the United States. Mr. Chen described a brown fur EVA slipper or shoe (Brown Flower Shoe) that was produced by his company

[60] M. Mann a été convoqué de nouveau uniquement pour déposer en preuve le document 76 révisé tiré des éléments de preuve produits par Double Diamond et comprenant l'analyse des profits tirés des chaussures Fleece Dawgs pour les années 2012 à 2019. Crocs a été autorisée à mener un contre-interrogatoire complet au sujet du document.

[61] En contre-interrogatoire, M. Mann a témoigné que le document avait été préparé par son comptable agréé interne de l'époque, Tim Ducie, qui n'est plus employé de Double Diamond. M. Mann n'a pas expliqué pourquoi M. Ducie n'aurait pas pu être appelé à témoigner.

[62] M. Mann a également reconnu ne pas savoir quels renseignements M. Ducie a fournis aux comptables de la société pour préparer les états financiers à partir desquels le document 76 révisé a été établi. M. Mann a confirmé que les états financiers fournis par Double Diamond n'ont pas été audités et qu'ils ne présentent pas de ventilation des ventes ni des frais et des dépenses pour chaque produit. De plus, M. Mann a reconnu la présence de quelques incohérences entre les données fournies dans les états financiers et les renseignements censés être tirés de ces états financiers et contenus dans le document 76 révisé. M. Mann a aussi confirmé que certaines dépenses, comme les honoraires de consultant en gestion, les frais de publicité et les frais de déplacement, ne pouvaient pas être ventilées ni attribuées précisément aux chaussures Fleece Dawgs.

4) Témoin des faits de Double Diamond : Jian Chen

[63] Jian Chen est le directeur général de l'entreprise nommée Fuzhou Xiang Sheng Footwear Co. Limited (Fuzhou) qu'il a créée vers 2001. M. Chen, qui ne parle pas anglais, a témoigné en mandarin avec l'aide d'un interprète.

[64] Fuzhou est un fabricant basé en Chine qui produit les chaussures Fleece Dawgs de la défenderesse en vue de leur importation au Canada et aux États-Unis. M. Chen a décrit une pantoufle ou une chaussure en CAV/E doublée de fourrure (chaussure Brown Flower)

around 2005, which has the following (out)side view appearance:



qu'a produite son entreprise vers 2005 et dont l'apparence, vue de côté, est la suivante :

[65] Mr. Chen testified that the shoe is made by infusing or injecting EVA into a mold to make the shell of the shoe and then the fur lining is glued inside the shell, while the collar was sewn to the shell on the outside. The shoes were marketed online and at trade shows. They were sold both directly to consumers and through third parties.

[65] M. Chen a déclaré que la chaussure est fabriquée en infusant ou en injectant du CAV/E dans un moule afin de fabriquer la coquille de la chaussure, puis la doublure en fourrure est collée à l'intérieur de la coquille, tandis que le col est cousu à la coquille, par l'extérieur. Les chaussures étaient vendues en ligne et lors de salons commerciaux. Elles étaient vendues directement aux consommateurs et par des tiers.

[66] Mr. Chen testified further that he has a long term relationship with the Defendant and Mr. Mann starting in about 2005. Mr. Chen has manufactured so many shoes for them that he has lost count.

[66] M. Chen a en outre déclaré qu'il entretient une relation depuis longtemps avec la défenderesse et M. Mann, soit depuis environ 2005. M. Chen a fabriqué un si grand nombre de chaussures pour eux qu'il a cessé de compter.

[67] Mr. Chen explained that while they "push" styles to each other to consider, mostly Fuzhou proposes styles to the Defendant because the latter did not have as much or frequent research and development as Fuzhou did.

[67] M. Chen a expliqué que, même s'ils [TRADUCTION] « se proposent » des styles, c'est surtout Fuzhou qui en propose à la défenderesse étant donné que cette dernière n'a pas autant d'expérience que Fuzhou en recherche et développement.

[68] One of the shoes that Mr. Chen manufactures for the Defendant is Fleece Dawgs brand slippers with the fleece lining. When asked in cross-examination how the design of Fleece Dawgs came about, Mr. Chen testified that their technicians came up with the design of what they called "umbrella-shaped" shoes. In re-examination, Mr. Chen described the process of the design team working with the mold factory to come up with the idea of a fleece lining for winter shoes; he explained that it was a first in Fuzhou because they were the first ones to come up with the idea, and that there was no such product in the market at the time.

[68] L'une des chaussures que M. Chen fabrique pour la défenderesse est la pantoufle de marque Fleece Dawgs, avec la doublure en molleton. En contre-interrogatoire, lorsqu'on lui a posé des questions sur l'origine de la conception de la pantoufle de Fleece Dawgs, M. Chen a déclaré que ses techniciens avaient élaboré le dessin de ce qu'ils appelaient les chaussures [TRADUCTION] « en forme de parapluie ». En réinterrogatoire, M. Chen a raconté comment l'équipe de conception, en collaboration avec des employés de l'usine de moulage, a eu l'idée de créer une doublure en molleton pour des chaussures d'hiver. Il a expliqué que c'était une première à Fuzhou, étant donné qu'ils étaient les premiers à avoir l'idée et

[69] Regarding the image of Brown Flower Shoe, depicted in Mr. Chen's declaration prepared for this matter that Mr. Mann asked him to sign, Mr. Chen testified that the image came from Global Resources, instead of their own files.

(5) Double Diamond's Expert Witness

[70] While Double Diamond served and filed its own expert report, the report was withdrawn during the trial.

VI. Analysis

[71] As I explain below, I find that the '939 Design was valid, that its design features were not dictated solely by function, and that the Defendant infringed the '939 Design, thus entitling the Plaintiffs to an accounting of the Defendant's profits on the sales of its Fleece Dawgs footwear, which the Plaintiffs elected to receive instead of an award of damages. Further, in my view, the action was not vexatious, abusive or frivolous, and there was insufficient delay in the commencement of the action to disentitle Crocs to relief.

[72] The Defendant argues that there is a fundamental design deficiency, as well as prior art that render the '939 Design invalid. Additionally, the insertion of fleece in a shoe is wholly functional, according to the Defendant. Alternatively, if the '939 Design was valid, then the Defendant states that there are sufficient differences between Fleece Dawgs shoes and Crocs Mammoth shoes that there was no infringement during the relevant period. Further, the Defendant belatedly argues that the Plaintiffs' delay in commencing the action until 2017 must be factored into the infringement analysis. I disagree in all respects and address each of these arguments below under the applicable heading.

qu'à l'époque, il n'existait aucun produit de la sorte sur le marché.

[69] En ce qui a trait à l'image de la chaussure Brown Flower contenue dans la déclaration de M. Chen, qui a été préparée pour les besoins de la présente affaire et que M. Mann lui a demandé de signer, M. Chen a témoigné que l'image provenait de Ressources mondiales (*Global Resources*), et non pas de ses propres dossiers.

5) Témoin expert de Double Diamond

[70] Même si Double Diamond a signifié et déposé son propre rapport d'expert, le rapport a été retiré au procès.

VI. Analyse

[71] Comme je l'explique plus loin, je conclus que le dessin '939 était valide, que ses caractéristiques ne résultaient pas uniquement de la fonction utilitaire et que la défenderesse a contrefait le dessin '939, de sorte que les demanderesse ont droit à une restitution des profits perçus par la défenderesse sur les ventes de ses chaussures Fleece Dawgs, ce que les demanderesse ont choisi comme mesure de réparation, au lieu des dommages-intérêts. En outre, je suis d'avis que l'action n'était ni vexatoire, ni abusive, ni frivole et que le temps qu'ont mis les demanderesse à intenter l'action n'était pas un argument suffisant pour priver Crocs de son droit à une mesure de réparation.

[72] La défenderesse fait valoir qu'il existe une lacune fondamentale sur le plan de la conception ainsi que des réalisations de l'art antérieur qui rendent le dessin '939 invalide. De plus, selon elle, l'insertion de molleton dans une chaussure est uniquement fonctionnelle. Subsidiairement, si le dessin '939 est valide, la défenderesse allègue alors que les différences entre les chaussures Fleece Dawgs et les chaussures Mammoth de Crocs sont suffisantes pour conclure à une absence de contrefaçon pendant la période visée. En outre, la défenderesse soutient tardivement que le temps qu'ont mis les demanderesse à intenter l'action, c'est-à-dire pas avant 2017, doit être pris en compte dans l'analyse de la contrefaçon. Je ne souscris à aucun de ces arguments,

que j'examine à tour de rôle ci-après sous la rubrique appropriée.

(1) The '939 Design was not invalid

1) Le dessin '939 n'était pas invalide

(a) *Variant, not multiple designs*

a) *Une variante, pas plusieurs dessins*

[73] I disagree with the Defendant's assertion that discrepancies in the figures which comprise the '939 Design result in more than one design, contrary to section 10 of the ID Regulations.

[73] Je ne souscris pas à l'affirmation de la défenderesse selon laquelle les contradictions dans les figures qui composent le dessin '939 donnent lieu à plus d'un dessin, en contravention avec l'article 10 du Règlement.

[74] I note that since the Plaintiffs' action was commenced in 2017, the ID Regulations that apply to this proceeding have been replaced by the *Industrial Design Regulations*, SOR/2018-120. Similarly, there is no dispute that the previous version of the *Industrial Design Act*, R.S.C., 1985, c. I-9, in effect from December 18, 2001 until November 4, 2018 (ID Act), applies to this action.

[74] Je fais remarquer que, depuis que les demandresses ont intenté l'action en 2017, le Règlement, qui s'applique à la présente instance, a été remplacé par le *Règlement sur les dessins industriels*, DORS/2018-120. De même, nul ne conteste qu'une version antérieure de la *Loi sur les dessins industriels*, en l'occurrence la *Loi sur les dessins industriels*, L.R.C. (1985), ch. I-9, en vigueur du 18 décembre 2001 jusqu'au 4 novembre 2018 (la Loi), s'applique à la présente action.

[75] The ID Act protects original designs involving "features of shape, configuration, pattern or ornament and any combination of those features that, in a finished article, appeal to and are judged solely by the eye," and that have been registered in accordance with the ID Act (sections 2 "design or industrial design", 6, 9). A certificate of registration is rebuttable evidence of the design and its originality, the name of the proprietor and the person's proprietorship, the commencement and term of registration and, significantly, compliance with the ID Act (subsection 7(3)).

[75] La Loi protège les dessins originaux qui comprennent des « [c]aractéristiques ou combinaison de caractéristiques visuelles d'un objet fini, en ce qui touche la configuration, le motif ou les éléments décoratifs » et qui ont été enregistrés conformément à la Loi (articles 2 « dessin », 6 et 9). Un certificat d'enregistrement est une attestation réfutable du dessin et de son originalité, du nom du propriétaire et de la propriété de ce dernier, de la date et de l'expiration de l'enregistrement et, fait important, de l'observation de la Loi (paragraphe 7(3)).

[76] Double Diamond submits that the Figures 1 and 4 of the '939 Design represent separate designs, contrary to section 10 of the ID Regulations that stipulates an application to register a design must relate to one design applied to a single article or set, or to variants. The term "variants" is defined in the ID Act as "designs applied to the same article or set and not differing substantially from one another" (section 2).

[76] Double Diamond fait valoir que les figures 1 et 4 du dessin '939 représentent des dessins distincts, en contravention avec l'article 10 du Règlement, qui porte que la demande d'enregistrement vise un seul dessin, s'appliquant à un seul objet ou ensemble, ou des variantes. Le terme « variantes » est défini dans la Loi comme les « [d]essins s'appliquant au même objet ou ensemble et ne différant pas de façon importante les uns des autres » (article 2).

[77] I find there is no merit to the argument that Figures 1 and 4 involve different designs, as opposed to

[77] Je juge que l'argument selon lequel les figures 1 et 4 représentent des dessins distincts, et non des

variants. The Defendant has not convinced me otherwise. I agree with the Plaintiffs' expert witness, Mr. Whatley that Figure 4 is an insubstantial variation in which some of the collar has been displaced (i.e. lowered at the back of the shoe), and in my view, it does not constitute a substantially different, and hence, separate design. My finding in this regard also applies to Figure 5 because it is an outside view that also depicts a displaced or lowered collar at the back, while Figure 4 is an inside view of the shoe design comprising the '939 Design.

[78] Double Diamond's focus on asserted points of difference, whether within the '939 Design itself or as between the '939 Design and Fleece Dawgs footwear, have caused it, in my view, to lose sight of the fact or to fail to appreciate that the '939 Design protects the overall appearance of the combination of its features, including variants (but excluding the stippled tread), as claimed by the Plaintiffs.

(b) *'939 Design is original and not invalidated by prior art*

[79] I also disagree with Double Diamond's contention that the '939 Design is not unique or original in that the prior art invalidates it. I find rather that Double Diamond failed to satisfy the onus on it to prove through admissible evidence, on a balance of probabilities, prior art that invalidates the '939 Design, having regard to the rebuttable presumption of originality applicable in this matter: ID Act, subsection 7(3); *AFX Licensing Corporation v. HJC America, Inc.*, 2016 FC 435, 140 C.P.R. (4th) 33 (*AFX*), at paragraph 101.

[80] According to the Supreme Court [at page 433], "to constitute an original design there must be some substantial difference between the new design and what had theretofore existed[; a] slight change of outline or configuration, or an unsubstantial variation is not sufficient to enable the author to obtain registration": *Clatworthy & Son Ltd. v. Dale Display Fixtures Ltd.*, [1929] S.C.R. 429, [1929] 3 D.L.R. 11, at page 14, 1929 CanLII 82.

variantes, est sans fondement. La défenderesse ne m'a pas convaincue du contraire. Je suis d'accord avec le témoin expert des demandereses, M. Whatley, que la figure 4 est une variante négligeable où une partie du col a été déplacée (c'est-à-dire abaissée à l'arrière de la chaussure). À mon avis, elle ne représente pas un dessin très différent et, par conséquent, distinct. Ma conclusion à cet égard s'applique aussi à la figure 5, car il s'agit d'une vue du côté externe qui représente également un col déplacé ou abaissé à l'arrière, tandis que la figure 4 est une vue du côté interne de la chaussure qui compose le dessin '939.

[78] À mon avis, en mettant l'accent sur de prétendus points de distinction, que ce soit dans le dessin '939 lui-même ou entre celui-ci et la chaussure Fleece Dawgs, Double Diamond a perdu de vue ou n'a pas pris en compte le fait que le dessin '939 protège l'apparence générale de la combinaison de ses caractéristiques, notamment les variantes (à l'exception toutefois de la semelle délimitée par des lignes pointillées), telles que revendiquées par les demandereses.

b) *Le dessin '939 est original et n'est pas invalide en raison de l'art antérieur*

[79] Je ne souscris pas non plus à l'affirmation de Double Diamond selon laquelle le dessin '939 n'est ni unique ni original, puisqu'il est invalide en raison de l'art antérieur. J'estime plutôt que Double Diamond n'a pas présenté de preuve d'antériorité admissible démontrant, selon la prépondérance des probabilités, l'invalidité du dessin '939, compte tenu de la présomption d'originalité réfutable applicable en l'espèce : Loi, paragraphe 7(3); *AFX Licensing Corporation c. HJC America, Inc.*, 2016 CF 435 (*AFX*), au paragraphe 101.

[80] Selon la Cour suprême, [TRADUCTION] « pour être original, un dessin doit différer suffisamment d'un dessin qui existe déjà. Un petit changement du contour ou de la configuration, ou encore une variation non substantielle ne suffisent pas pour permettre à l'auteur d'obtenir l'enregistrement » : *Clatworthy & Son, Ltd. v. Dale Display Fixtures Ltd.*, [1929] S.C.R. 429, à la page 433, 1929 CanLII 82.

[81] Further, a sufficient degree of originality is one involving at least a spark of originality: *Bodum USA, Inc. v. Trudeau Corporation (1889) Inc.*, 2012 FC 1128, [2013] 3 F.C.R. 372 (*Bodum*), at paragraph 97, citing *Bata Industries Ltd. v. Warrington Inc.* (1985), 5 C.P.R. (3rd) 339, [1985] F.C.J. No. 239 (QL) (T.D.), at page 347.

[82] Originality must be assessed from the perspective of the informed consumer who is familiar with the relevant market: *Rothbury International Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, 2004 FC 578, [2005] 1 F.C.R. 130, at paragraphs 31–32.

[83] I am convinced, based on the evidence in this case, that there is no design in the prior art that has the combination of features described by the Figures that comprise the '939 Design and as summarized by the footwear expert, Mr. Whatley. Further, I find that there are substantial differences between the '939 Design and the asserted prior art. This finding will bear on the infringement analysis below.

[84] I agree with Mr. Whatley that the '939 Design pioneered a new, and hence uncrowded, subfield of footwear aesthetics that was original in overall appearance, with nothing like it previously in the market. The Defendant chose not to advance expert evidence to the contrary. Further, the cross-examination of the only expert to testify in this matter, along with my consideration of the Defendant's evidence, did not persuade me otherwise.

[85] Mr. Whatley summarized the '939 Design's key features as a fold-over fleece collar that affects the shape of the shoe, two decorative discs, a plurality of fingertip-sized holed in the area over the toes (also known as the "band" or "vamp") through which one can see the back of the lining. In his opinion, these are unique features that occur nowhere else in the prior art. The Defendant has not provided any admissible evidence that contradicts this opinion.

[81] En outre, pour être considéré comme possédant un degré suffisant d'originalité, le dessin doit à tout le moins comporter une étincelle d'originalité : *Bodum USA, Inc. c. Trudeau Corporation (1889) Inc.*, 2012 CF 1128, [2013] 3 R.C.F. 372 (*Bodum*), au paragraphe 97, renvoyant à *Bata Industries Ltd. c. Warrington Inc.*, [1985] A.C.F. n° 239 (QL) (1^{re} inst.), au paragraphe 22.

[82] L'originalité doit être appréciée du point de vue du consommateur averti qui connaît le marché en cause : *Rothbury International Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, 2004 CF 578, [2005] 1 R.C.F. 130, aux paragraphes 31–32.

[83] Compte tenu des éléments de preuve présentés en l'espèce, je suis convaincue qu'aucun dessin dans l'art antérieur ne présente la combinaison des caractéristiques qu'illustrent les figures composant le dessin '939 et qu'a résumées l'expert en chaussures, M. Whatley. De plus, je juge qu'il existe des différences importantes entre le dessin '939 et l'art antérieur invoqué. Cette conclusion a une incidence sur l'analyse de la contrefaçon présentée ci-après.

[84] Je suis d'accord avec M. Whatley que le dessin '939 constituait une innovation dans le sous-domaine nouveau, donc peu exploité, de l'esthétique de la chaussure et qu'il était original sur le plan de l'apparence générale, rien de semblable n'ayant existé auparavant sur le marché. La défenderesse a décidé de ne présenter aucune preuve d'expert à l'effet contraire. Le contre-interrogatoire du seul expert qui a été appelé à témoigner dans la présente affaire ainsi que mon examen des éléments de preuve de la défenderesse ne m'ont pas convaincue du contraire.

[85] M. Whatley a ainsi résumé les principales caractéristiques du dessin '939 : une doublure en molleton qui se replie sur elle-même pour former le col et qui modifie la silhouette de la chaussure, deux rivets décoratifs, de nombreuses ouvertures de la taille d'un bout de doigt, qui sont disposées sur la partie de la chaussure au-dessus des orteils (également appelée « bande » ou « empeigne ») et à travers lesquelles le revers de la doublure est visible. Il estime qu'il s'agit de caractéristiques uniques qui n'existent pas dans l'art antérieur. La défenderesse n'a produit aucun élément de preuve admissible qui contredit cette opinion.

[86] Although Mr. Mann testified that there was not much difference between a sock and fleece put inside a shoe, he admitted in cross-examination that a sock is not part of a shoe. Using common sense, I find that the presence of a sock or bare feet in an unlined shoe with holes on the vamp would create different and variable impressions, in contrast with a lined shoe with holes in the vamp, where the same lining would be visible through the holes, regardless of whether the wearer has socks on or goes barefoot. I am not prepared to accept that wearing a sock in an unlined shoe with holes in the vamp forms part of the prior art.

[87] Regarding the Blue Horn Shoe (Exhibit F to Mr. Whatley's First Report) and the Brown Flower Shoe, these shoes differ substantially, in my view, from the '939 Design. I agree with Mr. Whatley that the Blue Horn Shoe has a less asymmetrical silhouette than the '939 Design. There are no holes in the band or vamp, through which lining could be seen, of the Blue Horn Shoe or the Brown Flower Shoe, and the blue shoe depicts a horn, while the brown shoe depicts a flower on the vamp. The collars of these shoes are more rounded than the fold-over collar of the '939 Design, and I infer from Mr. Chen's testimony that the sewn-on collars of the Blue Horn Shoe and the Brown Flower Shoe cannot be displaced or lowered. Further, there are no discs, decorative or otherwise, on the sides of these shoes. Additionally, Mr. Mann admitted in cross-examination that there is significant difference between these shoes and the '939 Design.

[88] Regarding Exhibit G to the First Report, I agree with Crocs that the drawings are more similar to the '939 Design than either the Beach or Rebound shoe. None of the Exhibit G drawings involve a fold-over fleece collar that, according to Mr. Whatley, influences the overall shape of the '939 Design in terms of the gross appearance of the depicted shoe, particularly the silhouette. Mr. Whatley also testified that without the fold-over collar, there would be no place to put the decorative

[86] Bien que M. Mann ait témoigné qu'il n'y avait pas de grande différence entre une chaussette et une doublure en molleton placée à l'intérieur d'une chaussure, il a reconnu en contre-interrogatoire qu'une chaussette ne fait pas partie d'une chaussure. Logiquement, j'estime que la présence ou l'absence d'une chaussette dans une chaussure non doublée dotée d'ouvertures sur l'empeigne donnerait une impression différente et variable, comparativement à une chaussure doublée dotée d'ouvertures sur l'empeigne à travers lesquelles cette même doublure serait visible, peu importe si la personne enfle la chaussure avec ou sans chaussettes. Je ne suis pas disposée à accepter que le fait de porter une chaussette dans une chaussure non doublée et dotée d'ouvertures sur l'empeigne fait partie de l'art antérieur.

[87] Quant aux chaussures Blue Horn (pièce F jointe au premier rapport de M. Whatley) et Brown Flower, je suis d'avis qu'elles diffèrent de façon importante du dessin '939. Je suis d'accord avec M. Whatley que la forme de la chaussure Blue Horn est moins asymétrique que celle du dessin '939. Les chaussures Blue Horn et Brown Flower ne présentent aucune ouverture sur la bande ou l'empeigne à travers laquelle la doublure pourrait être visible. Sur l'empeigne, la chaussure Blue Horn présente un cor d'harmonie, alors que la chaussure Brown Flower, une fleur. Le col de ces chaussures est plus arrondi que celui formé par la doublure qui se replie sur elle-même représenté dans le dessin '939. Je déduis donc du témoignage de M. Chen que les cols cousus sur les chaussures Blue Horn et Brown Flower ne peuvent pas être déplacés ou abaissés. De plus, il n'y a aucun rivet, décoratif ou autre, sur les côtés de ces chaussures. M. Mann a également reconnu en contre-interrogatoire qu'il existe une différence importante entre ces chaussures et le dessin '939.

[88] En ce qui concerne la pièce G jointe au premier rapport, je suis d'accord avec Crocs que les esquisses ressemblent plus au dessin '939 que celles des chaussures Beach ou Rebound. Aucune des esquisses de la pièce G ne présente de doublure en molleton qui se replie sur elle-même pour former le col et qui, d'après M. Whatley, modifie l'apparence générale de la chaussure représentée dans le dessin '939, en particulier la silhouette. M. Whatley a également déclaré que, sans cette doublure,

discs, and further, without a lining, there would be nothing to see through the holes in the vamp of Exhibit G.

[89] In re-examination, Mr. Whatley indicated that he did not examine the Beach and Rebound shoes specifically because they are farther out from the closest prior art. When prompted, he described in detail significant differences between the Beach and Rebound shoes and the '939 Design. These include: a different shape/silhouette; the presence of straps; the absence of a collar, and hence, no decorative discs on a collar (as opposed to on straps); and no backing that can be seen through the holes in the front.

[90] Although the Defendant's counsel objected to this testimony because the Beach and Rebound shoes were not considered by Mr. Whatley when he wrote his report, Mr. Whatley testified that the Defendant did not assert these shoes as part of the prior art; they were not put in the Defendant's pleadings. I agree. I note for example that the Blue Horn Shoe is mentioned specifically in the Amended Statement of Defence and Counterclaim as a reason why the '939 Design is not original.

[91] Further, I observe that the Defendant introduced the Rebound shoe at trial, without having further amended its Statement of Defence and Counterclaim. I infer that by doing so, it was the Defendant's intention to rely on the Rebound shoe as part of the prior art. In the circumstances, particularly regarding the lack of forewarning to the Plaintiffs about the Defendant's reliance on the Rebound shoe and the inability of Mr. Whatley to examine and opine on it in the context of his reports, I am not prepared, as urged by the Defendant, to discount or assign little weight to the only expert's testimony about the Beach and Rebound shoes vis-à-vis the '939 Design.

[92] I note in particular Mr. Mann testified that he only became aware of Foam Creations in 2006. I find that there is no corroborative evidence to substantiate Mr. Mann's belief that the Rebound shoe was manufactured by Foam

il n'y aurait pas d'endroit où mettre les rivets décoratifs et il n'y aurait rien à voir à travers les ouvertures sur l'empeigne représentée dans la pièce G.

[89] En réinterrogatoire, M. Whatley a indiqué qu'il n'a pas examiné les chaussures Beach et Rebound plus particulièrement, étant donné qu'elles sont celles qui diffèrent le plus des réalisations d'art antérieur les plus récentes. Lorsqu'il a été invité à le faire, il a expliqué en détail les différences importantes entre les chaussures Beach et Rebound ainsi que le dessin '939, à savoir une forme ou une silhouette différente, la présence de sangles, l'absence de col et, par conséquent, de rivets décoratifs sur le col (plutôt que sur les sangles) et aucun revers de doublure visible à travers les ouvertures à l'avant.

[90] Bien que l'avocat de la défenderesse se soit opposé à ce témoignage au motif qu'au moment de rédiger son rapport, M. Whatley n'avait pas examiné les chaussures Beach et Rebound, M. Whatley a témoigné que la défenderesse n'a pas fait valoir, dans ses actes de procédure, que ces chaussures font partie de l'art antérieur. Je suis du même avis. Je fais remarquer, par exemple, que la chaussure Blue Horn est mentionnée expressément dans la défense et demande reconventionnelle modifiée pour démontrer que le dessin '939 n'est pas original.

[91] En outre, je souligne que la défenderesse a présenté la chaussure Rebound au procès sans avoir de nouveau modifié sa défense et demande reconventionnelle. J'en déduis qu'elle avait ainsi l'intention de faire valoir que la chaussure Rebound fait partie de l'art antérieur. Vu les circonstances, en particulier le fait que les demanderesse n'ont pas été averties que la défenderesse invoquerait la chaussure Rebound et l'incapacité de M. Whatley de l'examiner et de se prononcer sur celle-ci dans ses rapports, je ne suis pas disposée, comme me le demande la défenderesse, à écarter le seul témoignage d'expert où il y a une comparaison entre les chaussures Beach et Rebound ainsi que le dessin '939, ou à y accorder peu de poids.

[92] Plus particulièrement, je fais remarquer que M. Mann a témoigné qu'il n'a appris l'existence de Foam Creations qu'en 2006. Je juge qu'aucune preuve corroborante n'a été fournie pour étayer le fait que M. Mann

Creations in Canada since 2001, nor his testimony that he became aware a little while back of a shoe that was for sale in Europe and China and that is a clog with holes and fleece around the collar and a rivet. Absent any additional facts regarding the latter alleged shoe, including the circumstances under which Mr. Mann became aware of it or even a picture of it, I assign no weight to his testimony about this shoe.

[93] Further, neither the Rebound shoe (as mentioned) nor this other alleged shoe was pleaded in the Defendant's Amended Statement of Defence and Counterclaim. This Court previously has noted, and I agree, "[i]t is trite law that only that prior art which is specifically alleged in pleadings is relevant": *Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Ltd.*, 2007 FC 1195, [2008] 1 F.C.R. D-10, at paragraph 51.

[94] Having regard to the above discussion, I conclude that the '939 Design was original and was not invalidated by the properly asserted prior art, that is the prior art asserted in the Amended Statement of Defence and Counterclaim.

(2) The design features of the '939 Design were not dictated solely by utilitarian function

[95] As with Double Diamond's contention regarding lack of originality, I find that the Defendant has not satisfied its burden of establishing that features of the '939 Design were dictated **solely** by utilitarian function, contrary to the ID Act, paragraph 5.1(a) [repealed S.C. 2014, c. 39 s. 105]: *Zero Spill Systems (Int'l) Inc. v. Heide*, 2015 FCA 115, [2015] 4 F.C.R. D-1 (*Zero Spill*), at paragraph 18. The Federal Court of Appeal recognizes that features of an industrial design that are functional but also appeal to the eye can be protected. Put another way, "only features of an industrial design whose form are dictated solely by function are excluded from protection by paragraph 5.1(a)": *Zero Spill*, at paragraphs 22–23.

croyait que la chaussure Rebound était fabriquée au Canada par Foam Creations depuis 2001 ni pour appuyer son témoignage selon lequel, il y a quelque temps, il a appris l'existence d'une chaussure, à savoir un sabot doté d'ouvertures, d'un molleton formant le col et de rivets, qui était vendue en Europe et en Chine. En l'absence de faits supplémentaires concernant cette chaussure, notamment les circonstances dans lesquelles M. Mann en a appris l'existence ou même en a vu une photo, je n'accorde aucun poids à son témoignage concernant cette chaussure.

[93] De plus, dans sa défense et demande reconventionnelle modifiée, la défenderesse n'a invoqué ni la chaussure Rebound (mentionnée plus haut) ni cette autre chaussure. Notre Cour a déjà fait remarquer, et je souscris à cette remarque, que « [c]'est un principe élémentaire de droit que seuls les éléments de l'état de la technique qui sont expressément allégués dans les actes de procédure sont pertinents » : *Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, 2007 CF 1195, [2008] 1 R.C.F. F-13, au paragraphe 51.

[94] Compte tenu de l'analyse ci-dessus, je conclus que le dessin '939 était original et qu'il n'était pas invalide en raison de l'art antérieur dûment invoqué, c'est-à-dire l'art antérieur mentionné dans la défense et demande reconventionnelle modifiée.

2) Les caractéristiques du dessin '939 ne résultaient pas uniquement de la fonction utilitaire

[95] Comme pour l'affirmation de Double Diamond concernant l'absence d'originalité, je conclus que la défenderesse n'a pas démontré que les caractéristiques du dessin '939 résultaient uniquement de la fonction utilitaire, en contravention avec l'article 5.1 [abrogé L.C. 2014, ch. 39, art. 105] de la Loi : *Zero Spill Systems (Int'l) Inc. c. Heide*, 2015 CAF 115, [2015] 4 R.C.F. F-2 (*Zero Spill*), au paragraphe 18. La Cour d'appel fédérale reconnaît que les caractéristiques d'un dessin industriel qui sont fonctionnelles, mais qui sont également attrayantes visuellement, peuvent être protégées. En d'autres termes, « seules les caractéristiques du dessin industriel dont la forme résulte uniquement de la fonction sont exclues de la protection par l'article 5.1 » : *Zero Spill*, aux paragraphes 22–23.

[96] Mr. Whatley observed, and I agree, that there are lots of ways to do different features of the shoe of the '939 Design that would function just as well.

[97] According to Mr. Whatley, and I also agree, the fleece lining contemplated by the '939 Design is not just functional. Although Mr. Whatley admitted that it can add warmth, putting fleece in a shoe does not mean that there is only one way it can look. As noted by Mr. Whatley, having fleece on the outside of the shoe in the form of the collar is not very functional.

[98] I agree with the Plaintiffs that certain Double Diamond products in evidence show that there are design choices in respect of the collar, such as the Side Tie Microfiber boots which have a lining and fleece around the exterior with pompoms that adds some decorative element to the top. In other words, as Mr. Mann testified in cross-examination, these are ornamental features that involve a design choice he made concerning this product.

[99] Regarding the decorative discs found on each side of the shoe, Mr. Whatley testified that they don't have to be circular and that they could be placed anywhere on the collar. He also pointed to the Blue Horn Shoe as evidence that the collar is a different way of doing that but indicated, in cross-examination, that stitching the collar to the shoe could involve an aesthetic purpose. Mr. Chen testified as well that the collar of the Brown Flower Shoe is sewn on the shoe.

[100] Although the Defendant disputes the characterization of the decorative discs as such, and maintains that they are functional rivets, the Defendant has not persuaded me that they are solely functional, in the sense that the discs or rivets serve no other purpose than to secure the fold-over collar to the shoe or that the only shape they can be is flat and circular. Trial Exhibit 14 involves Canadian Patent Application No. 2582628 naming the

[96] Je souscris aux observations de M. Whatley selon lesquelles il existe de nombreuses manières de réaliser les différentes caractéristiques de la chaussure représentée dans le dessin '939, qui fonctionneraient tout aussi bien.

[97] Je suis également d'accord avec M. Whatley que la doublure en molleton prévue dans le dessin '939 n'est pas simplement fonctionnelle. Certes, M. Whatley a reconnu que la doublure en molleton peut apporter de la chaleur. Cependant, le fait de l'insérer dans une chaussure ne signifie pas qu'il n'y a qu'une seule apparence possible. Comme l'a souligné M. Whatley, placer du molleton à l'extérieur de la chaussure, de manière à former un col, n'est pas très fonctionnel.

[98] Je suis d'accord avec les demanderessees que certains produits de Double Diamond déposés en preuve montrent que des choix de conception ont été faits relativement au col, comme dans le cas des bottes Side Tie Microfiber, qui sont dotées d'une doublure en molleton sur le contour externe et qui ont des pompons qui ajoutent un élément décoratif. Autrement dit, comme M. Mann l'a déclaré en contre-interrogatoire, certaines caractéristiques ornementales montrent qu'il a fait des choix de conception pour ce produit.

[99] Quant aux rivets décoratifs qui se trouvent de chaque côté de la chaussure, M. Whatley a témoigné qu'ils n'ont pas à être ronds et qu'ils peuvent être placés n'importe où sur le col. Il a aussi invoqué la chaussure Blue Horn pour démontrer que le col a été réalisé d'une manière différente. Toutefois, en contre-interrogatoire, il a indiqué que le but de coudre le col à la chaussure pouvait être d'ordre esthétique. M. Chen a également témoigné que le col de la chaussure Brown Flower est cousu à la chaussure.

[100] Bien qu'elle conteste le fait que les rivets soient considérés comme décoratifs et qu'elle soutienne qu'ils sont fonctionnels, la défenderesse ne m'a pas convaincue qu'ils sont uniquement fonctionnels, c'est-à-dire qu'ils ne servent qu'à fixer à la chaussure la doublure en molleton repliée sur elle-même pour former le col ou qu'ils ne peuvent avoir qu'une forme plate et ronde. La pièce 14 présentée au procès comprend la demande

Defendant as the applicant and Mr. Mann as the inventor for a shoe design, that includes alternative “connectors” or rivets comprised of decorative objects such as a flower shape and a smiley face.

(3) The Defendant infringed the '939 Design

[101] I am satisfied that Double Diamond infringed the '939 Design.

[102] In assessing whether Fleece Dawgs shoes infringe, the question the Court must answer is, does their design differ substantially from the '939 Design: ID Act, paragraph 11(1)(a). It is not a question of whether Fleece Dawgs shoes differ substantially from Crocs Mammoth clogs which are an embodiment of the '939 Design.

[103] The four-part infringement analysis involves the following steps, from the perspective of the “informed consumer” (as defined above): (a) examine the prior art and the extent to which the registered design differs from any previously published design (ID Act, subsection 11(2)); (b) assess the design for any utilitarian function, or any method or principle of manufacture or construction (ID Act, section 5.1, which precludes protection for these things); (c) examine the design itself to determine the scope of protection based on the figures and accompanying description in the registration; (d) conduct a comparative analysis of the registered design and alleged infringing article, taking the first three factors into account: *AFX*, above, at paragraphs 55–60.

[104] The Defendant argues that the Plaintiffs focussed at trial on the outwardly moulded projection as a key feature of the '939 Design. I disagree. To the contrary, I find that the Plaintiffs' focus was the whole of the shoe design protected by the '939 Design, excluding the tread pattern, but including the outline of the shoe on the bottom. This is exemplified, in my view, by Mr. Whatley's testimony that, “[i]t's everything, the overall effect and interaction with the exception of that tread pattern.” In my view, this is consistent with the description of the

de brevet canadien n° 2582628, dans laquelle la défenderesse est désignée comme demanderesse et M. Mann, comme inventeur d'une chaussure qui comprend des [TRADUCTION] « attaches » ou rivets différents composés d'éléments décoratifs tels qu'une fleur ou un bonhomme sourire.

3) La défenderesse a contrefait le dessin '939

[101] Je conclus que Double Diamond a contrefait le dessin '939.

[102] Pour déterminer si les chaussures Fleece Dawgs constituent une contrefaçon, la question à laquelle la Cour doit répondre est celle de savoir si le dessin qui les représente diffère de façon importante du dessin '939 : alinéa 11(1)a) de la Loi. Il ne s'agit pas de savoir si les chaussures Fleece Dawgs diffèrent de façon importante des sabots Mammoth de Crocs, lesquels sont une réalisation du dessin '939.

[103] Dans le cadre de l'analyse de la contrefaçon à quatre volets, il faut, du point de vue du « consommateur averti » (défini ci-dessus) : a) examiner l'art antérieur et la mesure dans laquelle le dessin enregistré est différent de dessins publiés auparavant (paragraphe 11(2) de la Loi); b) évaluer le dessin à la recherche d'une fonction utilitaire ou des méthodes ou principes de réalisation (article 5.1 de la Loi, qui prévoit que ces éléments ne bénéficient pas de la protection prévue par la Loi); c) examiner le dessin lui-même pour établir la portée de la protection en fonction des figures et de leur description énoncée dans l'enregistrement; d) compte tenu des trois premiers volets, effectuer une analyse comparative du dessin enregistré et du produit prétendument contrefait : *AFX*, précitée, aux paragraphes 55–60.

[104] La défenderesse soutient qu'au procès, les demanderesse se sont concentrées sur la projection moulée vers l'extérieur comme principale caractéristique du dessin '939. Je ne suis pas du même avis. Au contraire, je juge que les demanderesse se sont concentrées sur le dessin de la chaussure dans son ensemble, qui est protégé par le dessin '939, notamment le contour du bas de la chaussure, à l'exception du motif de la semelle. À mon avis, le témoignage de M. Whatley selon lequel la portée du dessin s'étend [TRADUCTION] « au tout, à

'939 Design in the industrial design registration which includes the “combination of ... features.”

[105] Bearing in mind the overall shoe design protected by the '939 Design, I note that the closer the prior art is, the narrower the protection that will be given to a design, while conversely, the farther apart the prior art is, the broader the protection afforded to the design: *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. [Toronto: Thomson/Carswell, 2003], § 31:65; *AFX*, above, at paragraph 87, citing *Sommer Allibert (U.K.) Limited and Another v. Flair Plastics Limited*, [1987] 25 R.P.C. 599 (Ch. D., appeal), at page 623.

[106] As I found above, there are substantial differences between the '939 Design and the asserted, proven prior art which did not disclose any other shoes with the following combination of features: a fold-over fleece collar that affects the shape of the shoe, two decorative discs, a plurality of fingertip-sized holes in the area over the toes through which one can see the back of the lining.

[107] As also discussed above, the Defendant has not satisfied its burden of establishing that features of the '939 Design were dictated **solely** by utilitarian function, contrary to the ID Act, paragraph 5.1(a).

[108] Regarding the scope of protection, the seven Figures which, along with the accompanying descriptions, comprise the '939 Design. According to Mr. Whatley, the '939 Design covers the visual features of a shoe shown in the drawings, whether they are features of shape, pattern, configuration or ornament or are a combination of any of these features. The tread pattern on the sole, however, and the parts of the shoe shown in stippled lines do not form part of the '939 Design.

[109] The comparative analysis is conducted from the perspective of the informed consumer, taking the above

savoir le résultat global et l'interaction, à l'exception du motif de la semelle », le démontre. J'estime que cela est conforme à la description du dessin '939 figurant dans l'enregistrement du dessin industriel, qui comprend la [TRADUCTION] « combinaison de caractéristiques ».

[105] Gardant à l'esprit le dessin de la chaussure dans son ensemble, qui est protégé par le dessin '939, je souligne que, plus le dessin ressemble à l'art antérieur, plus la protection accordée au dessin sera restreinte, tandis qu'à l'inverse, plus le dessin diffère de l'art antérieur, plus la protection offerte sera grande : *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4^e éd. [Toronto : Thomson/Carswell, 2003], § 31:65; *AFX*, précitée, au paragraphe 87, citant *Sommer Allibert (U.K.) Limited and Another v. Flair Plastics Limited*, [1987] 25 R.P.C. 599 (Ch. D., appel), à la page 623.

[106] Comme je le conclus plus haut, il existe des différences importantes entre le dessin '939 et l'art antérieur invoqué et prouvé duquel ne ressort aucune autre chaussure avec la combinaison de caractéristiques suivante : une doublure en molleton qui se replie sur elle-même pour former le col et qui modifie la forme de la chaussure, deux rivets décoratifs, de nombreuses ouvertures de la taille d'un bout de doigt, qui sont disposées sur la partie de la chaussure au-dessus des orteils et à travers lesquelles le revers de la doublure est visible.

[107] Comme je le mentionne plus haut, la défenderesse n'a pas démontré que les caractéristiques du dessin '939 résultaient uniquement de la fonction utilitaire, en contravention avec l'article 5.1 de la Loi.

[108] En ce qui concerne la portée de la protection, les sept figures, de pair avec leur description, composent le dessin '939. Selon M. Whatley, le dessin '939 se rapporte aux caractéristiques visuelles d'une chaussure qui sont représentées dans les esquisses, qu'il s'agisse de la configuration, du motif ou des éléments décoratifs ou d'une combinaison de ces caractéristiques. Cependant, le motif de la semelle et les parties de la chaussure représentées en lignes pointillées ne font pas partie du dessin '939.

[109] L'analyse comparative est effectuée du point de vue du consommateur averti et tient compte des facteurs

factors into account: *Bodum*, above, at paragraph 80; *AFX*, above, at paragraph 60. The Plaintiffs assert that the analysis, while comparative, does not involve a side-by-side comparison: *Re Paramount Pictures Corporation Industrial Design Application* (1981), 73 C.P.R. (2d) 273 (*Paramount Pictures*), at page 278; *Dunlop Rubber Co. Ltd. v. Golf Ball Developments Ltd.* (1931), 48 R.P.C. 268 (Ch. D.), at page 281. This Court questioned the applicability of this asserted proposition in *Bodum* (paragraph 76) because of a change in wording of section 11 of the ID Act in 1993 (i.e. “fraudulent imitation” versus “a design not differing substantially”), but declined to rule on it.

[110] *Paramount Pictures* is a 1981 decision of the Patent Appeal Board and Commissioner of Patents that in turn relies on a pre-1993 decision of the Exchequer Court for the guideline that “articles being compared should not be examined side by side, but separate”: *Paramount Pictures*, above, at page 278, citing *Jones et al. v. Teichman et al.*, [1930] 3 D.L.R. 437, [1930] Ex.C.R. 103 (*Jones*). The *Jones* case involved a consent judgment in an action to restrain the defendants from using a certain shape and model of bottle. The Court nonetheless concluded that “the defendant’s design should have been refused” because “I never saw two designs more alike” (at page 438). In reaching this conclusion, the Court stated that “the test is not when they are near one another but when they are far apart; it is impossible to tell one from the other” (at page 438).

[111] That said, the *Jones* decision is short, less than two pages. There is no discussion, for example, from whose perspective the “aliveness” of the articles in issue should be assessed, i.e. the consumer of “imperfect recollection” asserted by the plaintiffs in *Bodum* (at paragraph 73) or the “informed consumer” adopted in more recent case law of this Court, including both *Bodum* and *AFX*. In my view, these are not necessarily mutually exclusive concepts. The issue of imperfect recollection will be relevant, I believe, in cases involving designs

mentionnés ci-dessus : *Bodum*, précitée, au paragraphe 80; *AFX*, précitée, au paragraphe 60. Les demanderesse affirmes que l’analyse, bien que de nature comparative, ne comporte pas de comparaison côte à côte : *Re Paramount Pictures Corporation Industrial Design Application* (1981), 73 C.P.R. (2d) 273 (*Paramount Pictures*), à la page 278; *Dunlop Rubber Co. Ltd. v. Golf Ball Developments Ltd.* (1931), 48 R.P.C. 268 (Ch. D.), à la page 281. Dans la décision *Bodum* (au paragraphe 76), notre Cour s’est interrogée sur l’applicabilité de cette affirmation en raison de la modification apportée en 1993 au libellé de l’article 11 de la Loi (c’est-à-dire le remplacement de l’expression « imitation frauduleuse » par « un dessin ne différant pas de façon importante »), mais a refusé de statuer sur cette question.

[110] La décision *Paramount Pictures* est une décision de 1981 de la Commission d’appel des brevets et du commissaire aux brevets qui, à son tour, se fonde sur la directive donnée dans une décision antérieure à 1993 de la Cour de l’Échiquier portant que les [TRADUCTION] « objets comparés ne devraient pas être examinés côte à côte, mais séparément » : *Paramount Pictures*, précitée, à la page 278, renvoyant à *Jones et al. v. Teichman et al.*, [1930] 3 D.L.R. 437, [1930] Ex. C.R. 103 (*Jones*). L’affaire *Jones* portait sur un jugement sur consentement dans une action visant à empêcher les défenderesses d’utiliser une certaine forme et un certain modèle de bouteille. La Cour a néanmoins conclu que [TRADUCTION] « l’enregistrement du dessin de la défenderesse aurait dû être refusé », car « [elle n’avait] jamais vu deux dessins aussi semblables » (à la page 438). Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a déclaré que [TRADUCTION] « le critère ne s’applique pas lorsque les dessins sont l’un à côté de l’autre, mais lorsqu’ils sont séparés l’un de l’autre; il est impossible de les différencier » (à la page 438).

[111] Cela dit, la décision *Jones* est courte (moins de deux pages). Par exemple, la Cour ne traite pas de la question de savoir selon quel point de vue il faut évaluer la [TRADUCTION] « ressemblance » des objets en cause, c’est-à-dire selon celui du consommateur ayant un « souvenir imparfait », ce que les demanderesse font valoir dans la décision *Bodum* (au paragraphe 73), ou selon celui du « consommateur averti », ce que notre Cour a retenu dans la jurisprudence plus récente, notamment les décisions *Bodum* et *AFX*. J’estime que ce ne

protected both as industrial designs and trademarks, such as three dimensional marks. This is not the case before me, however.

[112] In the circumstances here, I conclude that a comparative analysis made from the perspective of the informed consumer must involve, at least, a consumer who is familiar with the market field, taking into account the scope of protection: ID Act, subsection 11(2).

[113] In addition, “industrial designs claim the design in its entirety as opposed to in part”: *Bodum*, above, at paragraph 50. In other words, it is the overall designs that must be compared (i.e. the '939 Design and the Fleece Dawgs shoe). Where, as in the circumstances before me, emphasis is on the entire design, the alleged infringing article needs to be quasi identical for infringement to be established: *AFX*, above, at paragraph 89, citing *Bodum*, above, at paragraph 50.

[114] Having considered the '939 Design and the Fleece Dawgs shoe in their entirety, including the points of differentiation asserted by the Defendant, I am not convinced that the latter is sufficiently different from the '939 Design to avoid a finding of infringement. In other words, I find that they are not substantially different. This is especially the case, in my view, when considered in the context of the broad protection to which I find the '939 Design is entitled, as discussed below. In my view, the circumstances here involve a situation where one “might find many differences, and yet come to the conclusions that the designs were the same”: *In the Matter of Rollason's Registered Designs* (1898), 15 R.P.C. 441 (Ch. D.), at page 447, as cited in *Lewis Falk, Ltd., and Another v. Henry Jacobwitz* (1944), 61 R.P.C. 116 (Ch. D.), at page 124.

[115] I agree with the Plaintiffs' expert, Mr. Whatley, that the '939 Design and Fleece Dawgs shoe are “nigh

sont pas nécessairement des points de vue mutuellement exclusifs. La question du souvenir imparfait est pertinente, à mon avis, dans les affaires qui portent sur des dessins protégés à la fois en tant que dessins industriels et en tant que marques de commerce, par exemple des marques à trois dimensions. Ce n'est toutefois pas le cas en l'espèce.

[112] Dans les circonstances, je conclus qu'une analyse comparative effectuée du point de vue du consommateur averti doit faire intervenir, à tout le moins, un consommateur qui connaît le domaine du marché et tenir compte de la portée de la protection : paragraphe 11(2) de la Loi.

[113] En outre, « les dessins industriels revendiquent le dessin dans son ensemble par opposition à une partie de ceux-ci » : *Bodum*, précitée, au paragraphe 50. En d'autres termes, ce sont les dessins dans leur ensemble qui doivent être comparés (c'est-à-dire le dessin '939 et la chaussure Fleece Dawgs). Lorsque, comme en l'espèce, l'accent est mis sur l'ensemble du dessin, pour que l'on conclue à la contrefaçon, l'objet prétendument contrefait doit être quasi identique : *AFX*, précitée, au paragraphe 89, renvoyant à *Bodum*, précitée, au paragraphe 50.

[114] Après avoir examiné le dessin '939 et la chaussure Fleece Dawgs dans leur ensemble, notamment les points de distinction relevés par la défenderesse, je ne suis pas convaincue que la chaussure est suffisamment différente du dessin '939 pour m'empêcher de conclure à la contrefaçon. Autrement dit, je conclus qu'ils ne sont pas très différents, surtout, à mon avis, lorsqu'ils sont examinés dans le contexte de la protection étendue à laquelle j'estime que le dessin '939 a droit, comme je l'explique ci-dessous. Je suis d'avis qu'il s'agit en l'espèce d'une situation où l'on [TRADUCTION] « pourrait relever un grand nombre de différences et néanmoins arriver à la conclusion que les dessins sont identiques » : *In the Matter of Rollason's Registered Designs* (1898), 15 R.P.C. 441 (Ch. D.), à la page 447, cité dans *Lewis Falk, Ltd. and Another v. Henry Jacobwitz* (1944), 61 R.P.C. 116 (Ch. D.), à la page 124.

[115] Je suis d'accord avec l'expert des demanderesses, M. Whatley, que le dessin '939 et la chaussure Fleece

identical,” with slight ornamentation differences, in that they share key features that are absent from the applicable prior art, i.e. the overall shape, the fold over fleece collar, the decorative discs, and the lining visible through the fingertip sized holes in the band or vamp on the front top of the shoe. That there may be one or two fewer and differently-shaped holes in the vamp of the Fleece Dawgs clog are examples, in my view, of insubstantial differences.

[116] I also agree with Mr. Whatley that the differences asserted by the Defendant are the “little things” in the nature of minutiae. It is an apt example, in my view, of having “missed the forest for the trees.” Concurring earlier in these reasons with Mr. Whatley that the '939 Design pioneered a new, and hence uncrowded, subfield of footwear aesthetics that was original in overall appearance, with nothing like it previously in the market, I find, as mentioned above, that the '939 Design is entitled to a broad scope of protection. Taking this scope of protection into account, the points of differentiation asserted by the Defendant are insufficient, in my view, to avoid the conclusion that the design of the Fleece Dawgs shoe infringed the '939 Design.

- (4) The Plaintiffs are entitled to an accounting of the Defendant's profits; the Defendant's profit analysis and supporting financial statements are inadmissible

(a) *Accounting of Profits*

[117] Having concluded that Double Diamond infringed the '939 Design, I find that the Plaintiffs are entitled to the Defendant's profits from the sales of its Fleece Dawgs footwear from November 1, 2014, being three years before the Plaintiffs commenced their action, until December 30, 2018, when the '939 Design expired. Section 18 of the ID Act provides that no

Dawgs sont [TRADUCTION] « quasiment identiques », à part quelques éléments décoratifs légèrement différents. En effet, ils ont en commun les principales caractéristiques qu'on ne retrouve pas dans l'art antérieur invoqué, c'est-à-dire la forme générale, la doublure en molleton qui se replie sur elle-même pour former le col, les rivets décoratifs et la doublure visible à travers les ouvertures de la taille d'un bout de doigt sur la bande ou l'empaigne sur le dessus de la chaussure, à l'avant. À mon avis, le fait que les ouvertures sont de forme différente ou qu'il y en a une ou deux de moins sur l'empaigne du sabot Fleece Dawgs est un exemple de différence négligeable.

[116] Je suis également d'accord avec M. Whatley que les différences invoquées par la défenderesse sont de [TRADUCTION] « petites choses » de l'ordre du détail. À mon avis, il s'agit d'un bon exemple de « l'arbre qui cache la forêt ». Plus haut dans les présents motifs, je souscris à l'affirmation de M. Whatley selon laquelle le dessin '939 constituait une innovation dans le sous-domaine nouveau, et donc peu exploité, de l'esthétique de la chaussure et qu'il était original sur le plan de l'apparence générale, rien de semblable n'ayant existé auparavant sur le marché. J'estime donc, comme je le mentionne précédemment, que le dessin '939 a droit à une protection très étendue. Compte tenu de la portée de la protection, je suis d'avis que les points de distinction invoqués par la défenderesse sont insuffisants pour m'empêcher de conclure que le dessin de la chaussure Fleece Dawgs constitue une contrefaçon du dessin '939.

- 4) Les demanderesse ont droit à une restitution des profits perçus par la défenderesse; l'analyse des profits faite par la défenderesse et les états financiers justificatifs sont irrecevables

a) *Restitution des profits*

[117] Comme je conclus que Double Diamond a contrefait le dessin '939, je juge que les demanderesse ont droit aux profits que la défenderesse a tirés des ventes de ses chaussures Fleece Dawgs du 1^{er} novembre 2014, soit trois ans avant que les demanderesse intentent leur action, au 30 décembre 2018, soit la date d'expiration du dessin '939. L'article 18 de la Loi porte

remedy is available for acts of infringement that occurred more than three years before an action for infringement was started.

[118] The Defendant's total admitted gross sales of its Fleece Dawgs products for the relevant period are \$649 779.17, broken down as follows:

2014	2015	2016	2017	2018
\$51,963.17 (i.e. 1/6 of \$311,779)	\$162,647	\$167,301	\$189,654	\$78,214

These figures, as well as the amount of combined total gross sales provided in paragraph 5 above, are based on information contained in the Statement of Admitted Facts described in greater detail below.

[119] For the reasons below, I find that Double Diamond has not met its burden to prove deductible expenses. In the circumstances, I conclude that the Plaintiffs, having elected to recover an accounting of the Defendants' profits instead of damages, are entitled to the amount of \$649 779.17. Although equitable remedies are discretionary and the Plaintiffs are not entitled to elect an accounting of profits as of right, I find that the Defendant here has not proven any bar to the equitable relief elected by the Plaintiffs: *Apotex Inc. v. Bristol-Myers Squibb Co.*, 2003 FCA 263, [2003] 4 F.C. D-90, at paragraph 14.

[120] Further, contrary to the Defendant's submission, I am not persuaded that the Plaintiffs needed to establish they were damaged by the Defendant's infringing activity. The Defendant has not provided any authority for this proposition. Rather, the Federal Court of Appeal guides that only a causal link between the infringement and resultant unjust enrichment is necessary, and it is not an error for a trial judge to award an accounting of profits in the absence of compelling reasons: *Philip Morris Products S.A. v. Marlboro Canada Limited*, 2016 FCA 55, [2016] 3 F.C.R. D-12, at paragraphs 17–18. Faced with an absence of compelling reasons in the matter

qu'une action en violation se prescrit par trois ans à compter de celle-ci.

[118] Le montant des ventes brutes totales de produits Fleece Dawgs reconnues par la défenderesse pour la période visée s'élève à 649 779,17 \$ et est ainsi réparti :

2014	2015	2016	2017	2018
51 963,17\$ (c.-à-d. 1/6 ^e de 311 779\$)	162 647\$	167 301\$	189 654\$	78 214\$

Ces montants, ainsi que le montant combiné des ventes brutes totales mentionné au paragraphe 5 ci-dessus, sont fondés sur les renseignements contenus dans l'exposé des faits admis décrit de façon plus détaillée ci-après.

[119] Pour les motifs suivants, je juge que Double Diamond ne s'est pas acquittée de son fardeau d'établir les dépenses déductibles. Dans les circonstances, je conclus que, puisqu'elles ont choisi la restitution des profits perçus par la défenderesse, au lieu des dommages-intérêts, les demanderesse ont droit à la somme de 649 779,17 \$. Bien que les mesures de réparation en equity soient discrétionnaires et que les demanderesse ne puissent pas choisir de plein droit d'obtenir la restitution des profits, j'estime qu'en l'espèce, la défenderesse n'a pas démontré l'existence d'un obstacle à l'obtention de la mesure de réparation en equity sollicitée par les demanderesse : *Apotex Inc. c. Bristol-Myers Squibb Co.*, 2003 CAF 263, [2003] 4 C.F. F-90, au paragraphe 14.

[120] De plus, contrairement à ce qu'a fait valoir la défenderesse, je ne suis pas convaincue que les demanderesse devaient établir qu'elles avaient subi des préjudices en raison des activités de contrefaçon de la défenderesse. La défenderesse n'a mentionné aucune jurisprudence à l'appui de cette affirmation. La Cour d'appel fédérale déclare plutôt que seul un lien de causalité doit être établi entre la présence d'une violation et l'enrichissement injustifié qui en découle et qu'un juge de première instance ne commet pas d'erreur en accordant une restitution des profits en l'absence de motifs convaincants : *Philip Morris Products S.A. c. Marlboro Canada Limitée*, 2016

before me, I am not prepared to reject the Plaintiffs' election of an accounting of profits.

(b) *Defendant's Profit Analysis and Supporting Financial Statements*

[121] I agree with the Plaintiffs that Revised Document 76 is inadmissible hearsay, and further, the Defendant has not established that it is reliable. I similarly find that the supporting financial statements from which the document was prepared are inadmissible.

[122] As discussed above, Mr. Mann was recalled during the trial for the sole purpose of introducing Revised Document 76 that formed part of the Defendant's productions but did not form part of his testimony in chief. The document was marked for identification and the parties argued its admissibility.

[123] I note that Revised Document 76 initially was contained in the Plaintiffs' proposed read-ins served on the Defendant. The Plaintiffs submit it was omitted from their final read-ins at trial, however, in light of the Defendant's intervening admissions regarding its gross sales attributable to the Fleece Dawgs products for the relevant years. The supporting financial statements were not contained in either side's read-ins, proposed or otherwise.

[124] The Plaintiffs made it clear, when serving the Defendant with their proposed read-ins, that they did not constitute an undertaking to read them in as is, and that they were subject to change in response to evidence led by the Defendant at trial. Further, in her Order dated July 21, 2021, CMJ Tabib identified the Defendant's burden to establish their costs of sales or permitted deductions, in addition to the Plaintiffs' burden to prove revenues or sales proceeds from the infringing products.

CAF 55, [2016] 3 R.C.F. F-15, aux paragraphes 17–18. Compte tenu de l'absence de motifs convaincants dans l'affaire dont je suis saisie, je ne suis pas disposée à refuser le choix des demanderessees d'obtenir la restitution des profits.

b) *Analyse des profits réalisée par la défenderesse et états financiers justificatifs*

[121] Je suis d'accord avec les demanderessees que le document 76 révisé est une preuve par ouï-dire irrecevable et que la défenderesse n'a pas établi sa fiabilité. Je juge également irrecevables les états financiers justificatifs à partir desquels le document a été préparé.

[122] Comme je le mentionne plus haut, M. Mann a été de nouveau appelé à témoigner au procès dans le seul but de présenter le document 76 révisé, qui faisait partie des éléments de preuve produits par la défenderesse, mais pas de son témoignage principal. Le document a été présenté aux fins d'identification, et les parties ont débattu de sa recevabilité.

[123] Je fais remarquer qu'au départ, le document 76 révisé faisait partie des éléments que les demanderessees proposaient de consigner en preuve et qu'elles avaient signifiés à la défenderesse. Les demanderessees soutiennent toutefois que le document a été omis dans les éléments qui ont finalement été consignés en preuve au procès, en raison des faits entre-temps admis par la défenderesse concernant ses ventes brutes attribuables aux produits Fleece Dawgs pour les années visées. Les états financiers justificatifs ne figuraient dans aucun des éléments que les parties proposaient de consigner en preuve ni dans les éléments finalement consignés en preuve au procès.

[124] Au moment de signifier à la défenderesse les éléments qu'elles proposaient de consigner en preuve, les demanderessees ont indiqué clairement qu'il ne s'agissait pas d'un engagement à déposer tous les éléments et que ceux-ci étaient susceptibles de changer au procès en fonction des éléments de preuve produits par la défenderesse. De plus, dans son ordonnance datée du 21 juillet 2021, la juge responsable de la gestion de l'instance, M^{me} Tabib, a déterminé qu'il incombait à la

[125] The Defendant explained at trial, however, that it relied on the expectation the Plaintiffs' proposed read-ins would be read in as is. In my view, the Defendant essentially relied on the Plaintiffs to make its case concerning the Defendant's permitted deductible expenses which, with the benefit of hindsight, was not prudent.

[126] The Defendant argues that the Plaintiffs relied on Revised Document 76 regarding the Defendant's gross sales and, therefore, this document should apply to the Court's consideration of applicable expenses. Contrarily, however, I find that the Plaintiffs relied on the Defendant's admissions regarding gross sales in response to Crocs' Request to Admit, as described in the Statement of Admitted Facts which comprises trial exhibit 3. There is no dispute that the Defendant's gross sales have been admitted.

[127] Further, the Statement of Admitted Facts does not contain any admissions or discussion regarding the Defendant's alleged expenses attributable to Fleece Dawgs footwear. Having regard to the Defendant's burden of proof, I believe it would have been judicious in the circumstances for the Defendant to lead evidence regarding such expenses. I find that instead, the Defendant relied on an unfulfilled expectation about a proposed course of action that the Plaintiffs were not obligated to undertake. This left the Defendant scrambling to determine how to address the situation toward the end of the trial, after Mr. Mann had completed his testimony, with no other, relevant witnesses planned by the Defendant, apart from its manufacturer in China.

[128] Although what transpired at trial in relation to Revised Document 76 might have been avoided to some extent had the Plaintiffs informed the Defendant, prior to the commencement of trial, of this change to their read-ins, I am not persuaded that there was any obligation on the Plaintiffs to do so in the circumstances. Specifically,

défenderesse d'établir le coût de ses ventes ou les déductions autorisées ainsi qu'aux demanderesse de démontrer les recettes ou le produit des ventes tirés des produits contrefaits.

[125] Au procès, la défenderesse a toutefois expliqué qu'elle s'attendait à ce que tous les éléments que les demanderesse proposaient de consigner en preuve le soient. Je suis d'avis que la défenderesse s'est essentiellement fiée aux demanderesse pour pouvoir faire valoir sa thèse concernant ses déductions autorisées, ce qui, avec le recul, n'était pas prudent.

[126] La défenderesse soutient que, comme les demanderesse se sont appuyées sur le document 76 révisé concernant ses ventes brutes, la Cour devrait pouvoir s'en servir pour examiner les dépenses applicables. Au contraire, j'estime que ce sont plutôt les demanderesse qui se sont appuyées sur les aveux faits par la défenderesse au sujet des ventes brutes en réponse à la demande d'aveux de Crocs, comme il est expliqué dans l'exposé des faits admis, qui comprend la pièce 3 déposée au procès. Nul ne conteste que les ventes brutes de la défenderesse ont été admises.

[127] De plus, l'exposé des faits admis ne contient aucun aveu ni commentaire au sujet des dépenses alléguées de la défenderesse attribuables aux chaussures Fleece Dawgs. Quant au fardeau de preuve de la défenderesse, j'estime qu'il aurait été judicieux, dans les circonstances, que cette dernière produise des éléments de preuve relatifs à ces dépenses. La défenderesse a plutôt compté, à tort, sur les demanderesse pour qu'elles suivent la ligne de conduite qu'elles avaient proposée, alors qu'elles n'étaient pas tenues de le faire. La défenderesse a donc dû se démener pour trouver comment faire face à la situation vers la fin du procès, une fois que M. Mann avait fini de témoigner, alors qu'elle n'avait prévu aucun autre témoin pertinent, outre son fabricant de Chine.

[128] Même si ce qui s'est produit au procès en lien avec le document 76 révisé aurait pu être évité dans une certaine mesure si, avant le début du procès, les demanderesse avaient informé la défenderesse du changement apporté aux éléments consignés en preuve, je ne suis pas convaincue que les demanderesse en avaient

I do not agree with the Defendant's submission at trial that the Plaintiffs were under an implied notice requirement because they did not say anything about "without notice." The Defendant did not point to any authority for this proposition. I therefore declined the Defendant's invitation to reprimand the Plaintiffs' counsels.

[129] In any event, the evidence at trial establishes that Revised Document 76 was prepared by Tim Ducie. Mr. Mann recalls that Mr. Ducie prepared Revised Document 76 for this action, with reference to internal accounting systems and financial statements. Mr. Mann did not prepare the latter documents.

[130] I am satisfied that Revised Document 76 is inadmissible hearsay. Double Diamond seeks to rely on this document for the truth of its contents, having called no other witnesses, including the person who prepared it. Mr. Mann offered no reason why they could not have called on Tim Ducie to testify, apart from Mr. Mann's knowledge that Mr. Ducie has a job.

[131] In addition, there is no evidence that Revised Document 76 was prepared in the "usual and ordinary course of business," as opposed to for the purpose of the litigation, to meet the "business records" criteria for admissibility in evidence, pursuant to section 30 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5. (This section has been constant throughout the action.) Further, I am satisfied that the Plaintiffs established, through their cross-examination of Mr. Mann on Revised Document 76, a sufficient degree of unreliability of the information conveyed in the document, with reference to Double Diamond's supporting financial statements, that the inadmissibility finding is warranted in the circumstances.

[132] Double Diamond argues that if Revised Document 76 is found inadmissible, then the admitted financial statements can be used to show expenses to be deducted from sales. I note that the Defendant makes this

l'obligation dans les circonstances. Plus précisément, je ne souscris pas à l'observation faite au procès par la défenderesse selon laquelle les demandereses devaient satisfaire à une exigence implicite de préavis étant donné qu'elles n'avaient aucunement mentionné [TRADUCTION] « l'absence de préavis ». La défenderesse n'a invoqué aucune jurisprudence à l'appui de cette observation. Je ne puis donc accéder à la demande de la défenderesse de réprimander les avocats des demandereses.

[129] Quoi qu'il en soit, les éléments de preuve produits au procès démontrent que le document 76 révisé a été préparé par Tim Ducie. M. Mann se souvient que M. Ducie a préparé le document 76 révisé pour les besoins de la présente action en se référant aux systèmes comptables et aux états financiers internes. M. Mann n'a pas préparé ces états financiers.

[130] Je conclus que le document 76 révisé est une preuve par ouï-dire irrecevable. Manifestement, Double Diamond tente de s'appuyer sur ce document pour établir la véracité de son contenu, puisqu'elle n'a appelé aucun autre témoin, pas même la personne l'ayant préparé. M. Mann n'a pas expliqué pourquoi M. Ducie n'a pas été appelé à témoigner, outre le fait que ce dernier occupait un emploi.

[131] En outre, aucun élément de preuve n'établit que le document 76 révisé a été préparé dans le « cours ordinaire des affaires », plutôt que pour les besoins du litige, et qu'il satisfait ainsi les critères d'admission en preuve des « pièces commerciales », en application de l'article 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. (Cet article n'a pas été modifié au cours de l'instance.) De plus, je conclus que les demandereses ont suffisamment démontré, grâce au contre-interrogatoire de M. Mann au sujet du document 76 révisé, le peu de fiabilité des renseignements communiqués dans le document préparé à l'aide des états financiers justificatifs de Double Diamond, de sorte que la conclusion d'irrecevabilité est justifiée dans les circonstances.

[132] Double Diamond fait valoir que, si le document 76 révisé est jugé irrecevable, les états financiers admis peuvent alors servir à établir les dépenses à déduire des ventes. Je fais remarquer que la défenderesse

argument notwithstanding having objected at trial to the Plaintiffs' reference to the financial statements during their cross-examination of Mr. Mann regarding Revised Document 76. When ruling on the parameters under which Mr. Mann would be recalled, I stated that the Plaintiffs would be entitled to a right of full cross-examination on the document, which I clarified could include reference to the supporting financial statements.

[133] In any event, Mr. Mann confirmed in cross-examination that the financial statements are unaudited and that they do not provide a breakdown of sales or costs/expense information on a product-by-product basis. In my view, this may account, at least in part, for the discrepancies between the data contained in the financial statements and the information purportedly derived from them in Revised Document 76. Further, the preparers of the financial statements were not called as witnesses so that the reliability of the financial statements could be tested at trial.

[134] I therefore am satisfied that the Plaintiffs' cross-examination of Mr. Mann highlights the unreliability of Double Diamond's supporting financial statements. That said, even were they admitted, I would find them to be of low probative value and assign them little weight in the circumstances.

(5) The action is not vexatious, abusive or frivolous

[135] In light of the Plaintiffs' success on their action, I am satisfied that the action is not vexatious, abusive or frivolous.

(6) Defendant not entitled to an inference of no infringement, by reason of Plaintiffs' delay in commencing action, and Plaintiffs not disentitled to relief

[136] The Defendant's own delay in raising this issue, to the prejudice of the Plaintiffs, in my view disentitles Double Diamond to the inference it belatedly seeks.

présente cet argument malgré l'objection qu'elle a soulevée au procès lorsque les demanderesses ont mentionné les états financiers au cours du contre-interrogatoire de M. Mann concernant le document 76 révisé. Dans ma conclusion sur les paramètres suivant lesquels M. Mann serait de nouveau appelé à témoigner, j'ai indiqué que les demanderesses auraient le droit de mener un contre-interrogatoire complet au sujet du document et j'ai précisé que les états financiers justificatifs pourraient alors y être mentionnés.

[133] Quoi qu'il en soit, en contre-interrogatoire, M. Mann a confirmé que les états financiers n'ont pas été audités et qu'ils ne présentent pas de ventilation des ventes ni des frais et des dépenses pour chaque produit. À mon avis, cela pourrait expliquer, du moins en partie, les contradictions entre les données contenues dans les états financiers et les renseignements censés en être tirés figurant dans le document 76 révisé. De plus, les personnes ayant préparé les états financiers n'ont pas été appelées à témoigner de manière à ce que la fiabilité des états financiers puisse être évaluée au procès.

[134] Je conclus donc que le contre-interrogatoire que les demanderesses ont mené auprès de M. Mann met en évidence le manque de fiabilité des états financiers justificatifs de Double Diamond. Cela dit, même si je les admettais en preuve, je jugerais qu'ils ont une faible valeur probante et je leur accorderais peu de poids dans les circonstances.

5) L'action n'est ni vexatoire, ni abusive, ni frivole

[135] Étant donné que les demanderesses ont obtenu gain de cause dans leur action, je conclus que l'action n'est ni vexatoire, ni abusive, ni frivole.

6) La conclusion d'absence de contrefaçon en raison du temps qu'ont mis les demanderesses à intenter l'action ne peut être tirée, et les demanderesses ne sont pas privées de leur droit à une mesure de réparation

[136] Je suis d'avis que le temps que la défenderesse elle-même a pris avant de soulever cette question, au détriment des demanderesses, fait en sorte que je ne puis

[137] The Defendant submitted for the first time in this proceeding at trial that the Plaintiffs' delay in commencing the action, approximately nine years after the launch of the Fleece Dawgs shoe in Canada, entitles the Defendant to the inference that Crocs tacitly admitted Double Diamond did not infringe. The Defendant did not forewarn the Plaintiffs, however, that it would ask for this inference and, hence, the Plaintiffs did not have an opportunity to probe the issue through evidence and, in particular, during the discovery stage of the proceeding. As this Court previously has noted, "[t]he defendant in a patent suit does not usually contest the right of the plaintiff to elect, until argument": *Sandvik, A.B. v. Windsor Machine Co.* (1986), 8 C.P.R. (3d) 433 (F.C.T.D.) (*Sandvik*), at page 443.

[138] By reason of its own delay in raising the issue until the trial of this matter, the Defendant effectively has precluded the Plaintiffs from the opportunity to adduce evidence which might have assisted in explaining the delay: *Sandvik*, above, at pages 443–444. In the circumstances, I am not prepared to make the inference the Defendant seeks, nor am I prepared to find that the Plaintiffs are not entitled to the remedies they seek.

VII. Conclusion

[139] For all the above reasons, I therefore find in favour of Crocs and dismiss Double Diamond's counterclaim.

[140] In the circumstances, Plaintiffs are entitled to a declaration that the Defendant has infringed the '939 Design.

[141] In addition, I award the Plaintiffs an accounting of the Defendant's profits in the amount of \$649 779.17, together with pre-judgment interest only up to March 20, 2022 in the amount of \$44 321.69.

tirer la conclusion qu'elle me demande tardivement de tirer.

[137] Au procès, la défenderesse a soutenu pour la première fois au cours de la présente instance que le temps qu'ont mis les demanderesse à intenter l'action, environ neuf ans après le lancement de la chaussure Fleece Dawgs au Canada, me permet de conclure que Crocs a implicitement reconnu que Double Diamond n'a pas contrefait le dessin '939. La défenderesse n'a pas averti les demanderesse qu'elle demanderait une telle conclusion. Par conséquent, les demanderesse n'ont pas eu l'occasion d'examiner la question au moyen d'éléments de preuve et, plus particulièrement, à l'étape de l'interrogatoire préalable. Comme notre Cour l'a fait remarquer précédemment, « le défendeur ne conteste habituellement pas le droit du demandeur de faire son choix, jusqu'au moment du plaidoyer oral » : *Sandvik, A.B. c. Windsor Machine Co.*, [1986] A.C.F. n° 133 (QL) (1^{re} inst.) (*Sandvik*), au paragraphe 57.

[138] En raison du temps qu'elle a elle-même pris avant de soulever la question, c'est-à-dire seulement au procès, la défenderesse n'a effectivement pas donné l'occasion aux demanderesse de présenter des éléments de preuve susceptibles d'expliquer le temps qu'elles ont mis à intenter l'action : *Sandvik*, précitée, aux paragraphes 57–61. Dans les circonstances, je ne suis disposée ni à tirer la conclusion que la défenderesse me demande de tirer ni à conclure que les demanderesse n'ont pas droit aux mesures de réparation qu'elles demandent.

VII. Conclusion

[139] Pour tous les motifs qui précèdent, je conclus donc en faveur de Crocs et rejette la demande reconventionnelle de Double Diamond.

[140] Dans les circonstances, les demanderesse ont droit à une déclaration selon laquelle la défenderesse a contrefait le dessin '939.

[141] De plus, j'accorde aux demanderesse la restitution des profits perçus par la défenderesse, à savoir 649 779,17 \$, plus les intérêts avant jugement, uniquement jusqu'au 20 mars 2022, de 44 321,69 \$.

[142] I further award the Plaintiffs post-judgment interest at the rate of 5 percent per year on all amounts owed by the Defendant pursuant to this Judgment and Reasons, and any Supplemental Judgment and Reasons or Costs Order.

VIII. Costs

[143] I find that the Plaintiffs are entitled to their costs of this action, payable by the Defendant, excluding the costs of any motions or other pre-trial steps for which the Plaintiffs already have been awarded costs.

[144] If the parties cannot agree on an amount, they may serve and file submissions not exceeding five pages, with their bill of costs attached, according to the following schedule: (i) the Plaintiffs will have until November 15, 2022; (ii) the Defendant will have until November 22, 2022; and (iii) Plaintiffs will have until November 25, 2022 for any reply submission.

JUDGMENT in T-1662-17

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The Plaintiffs' action for infringement of Canadian Industrial Design Number 120939 dated December 30, 2008 entitled SHOE ('939 Design) is allowed.
2. The Defendant's counterclaim for invalidity of the '939 Design is dismissed.
3. The Plaintiffs are awarded an accounting of the Defendant's profits in the amount of \$649 779.17, together with pre-judgment interest only up to March 20, 2022 in the amount of \$44 321.69.
4. The Plaintiffs also are awarded post judgment interest at the rate of 5% per year on all amounts owed by the Defendant pursuant to this Judgment

[142] Des intérêts après jugement sont également adjugés aux demanderesse au taux de 5 p. 100 par année sur toutes les sommes dues par la défenderesse conformément au présent jugement et à ses motifs, ainsi qu'à tout jugement et motifs supplémentaires ou à toute ordonnance relative aux dépens.

VIII. Dépens

[143] Je conclus que les demanderesse ont droit aux dépens dans la présente action, payables par la défenderesse, à l'exception des dépens afférents aux requêtes ou aux autres étapes préalables au procès qui leur ont déjà été adjugés.

[144] Si elles ne parviennent pas à s'entendre sur le montant des dépens, les parties pourront signifier et déposer des observations d'au plus cinq pages, qu'elles joindront à leur mémoire des dépens, conformément au calendrier suivant : (i) les demanderesse auront jusqu'au 15 novembre 2022, (ii) la défenderesse aura jusqu'au 22 novembre 2022; et (iii) les demanderesse auront jusqu'au 25 novembre 2022 pour présenter leurs observations en réponse.

JUGEMENT dans le dossier T-1662-17

LA COUR REND LE JUGEMENT qui suit :

1. L'action en contrefaçon intentée par les demanderesse et visant le dessin industriel n° 120939 enregistré au Canada le 30 décembre 2008, intitulé SHOE, (dessin '939) est accueillie.
2. La demande reconventionnelle en invalidité du dessin '939 présentée par la défenderesse est rejetée.
3. Les demanderesse ont droit à la restitution des profits perçus par la défenderesse, à savoir 649 779,17 \$, plus les intérêts avant jugement, uniquement jusqu'au 20 mars 2022, de 44 321,69 \$.
4. Des intérêts après jugement sont également adjugés aux demanderesse au taux de 5 % par année sur toutes les sommes dues par la défenderesse

and Reasons, and any Supplemental Judgment and Reasons or Costs Order.

5. The Plaintiffs are entitled to their costs of this action, payable by the Defendant, excluding the costs of any motions or other pre-trial steps for which the Plaintiffs already have been awarded costs.
6. If the parties cannot agree on an amount, they may serve and file submissions not exceeding five (5) pages, with their bill of costs attached, according to the following schedule: (i) the Plaintiffs will have until November 15, 2022; (ii) the Defendant will have until November 22, 2022; and (iii) Plaintiffs will have until November 25, 2022 for any reply submission.

Annex A—Defendant’s Alleged Points
of Differentiation

Between '939 Design and Fleece Dawgs Products

- i. The ventilation holes on the top of Fleece Dawgs differ in shape from those depicted in the Crocs Design;
- ii. the ventilation holes on the top of Fleece Dawgs differ in size from those depicted in the Crocs Design;
- iii. The ventilation holes on the top of Fleece Dawgs differ in number from those depicted in the Crocs Design;
- iv. The ventilation holes on the top of Fleece Dawgs differ in placement from those depicted in the Crocs Design;
- v. The ventilation holes on the top of Fleece Dawgs are positioned in a distinct design; they appear as a fan-shaped pattern with three rows, larger

conformément au présent jugement et à ses motifs, ainsi qu’à tout jugement et motifs supplémentaires ou à toute ordonnance relative aux dépens.

5. Les demandereses ont droit aux dépens dans la présente action, payables par la défenderesse, à l’exception des dépens afférents aux requêtes ou aux autres étapes préalables au procès qui leur ont déjà été adjugés.
6. Si elles ne parviennent pas à s’entendre sur le montant des dépens, les parties pourront signifier et déposer des observations d’au plus cinq (5) pages, qu’elles joindront à leur mémoire des dépens, conformément au calendrier suivant : (i) les demandereses auront jusqu’au 15 novembre 2022, (ii) la défenderesse aura jusqu’au 22 novembre 2022; et (iii) les demandereses auront jusqu’au 25 novembre 2022 pour présenter leurs observations en réponse.

Annexe A — Points de distinction allégués par
la défenderesse

Entre le dessin '939 et les produits Fleece Dawgs

- i. La forme des ouvertures d’aération sur le dessus de la chaussure Fleece Dawgs diffère de celle des ouvertures illustrées dans le dessin de Crocs.
- ii. La taille des ouvertures d’aération sur le dessus de la chaussure Fleece Dawgs diffère de celle des ouvertures illustrées dans le dessin de Crocs.
- iii. Le nombre d’ouvertures d’aération sur le dessus de la chaussure Fleece Dawgs diffère du nombre d’ouvertures illustrées dans le dessin de Crocs.
- iv. La position des ouvertures d’aération sur le dessus de la chaussure Fleece Dawgs diffère de celle des ouvertures illustrées dans le dessin de Crocs.
- v. Les ouvertures d’aération sur le dessus de la chaussure Fleece Dawgs sont positionnées selon un dessin bien précis. Elles forment un éventail

rectangular shaped holes on the outside row, smaller shaped holes in the middle row, and a singular “D” shaped hole on the inside row that serves as a visual focal point of the fan—viewed from above the ventilation holes form asymmetrically shaped fan where the holes in each row are evenly spaced; the ventilation holes depicted in the Crocs Design are not in three rows (or in the shape of a fan), and have the appearance of being randomly placed;

- vi. Fleece Dawgs have no side-wall ventilation holes, side-wall indentations, or other depiction on their side-wall that gives the appearance of ventilation holes, while the Crocs Design appears to show side-wall ventilation holes or at least the indentations or filled-in holes around the front portion of the footwear upper that serves as a prominent feature;
 - vii. The side-walls of Fleece Dawgs have a consistent pattern around the front portion of the footwear; the Crocs Design does not have a pattern around the front; and could not possibly have a consistent pattern as any pattern would be interrupted by at least seven trapezoid shaped sections (that are either holes in the side-walls or indented portions that give the appearance of filled-in holes) that would intrude on the side walls in a particular pattern;
 - viii. It would also not be possible for the Crocs Design to include the pattern as in Fleece Dawgs because Fleece Dawgs has a portion of its side walls with bumps that is much narrower than the portion of the side walls depicted in the Crocs Design;
 - ix. The number, size, and positioning of the ridges and smooth sections differs [*sic*] between the Crocs and Fleece Dawgs—for example, the Crocs
- de trois rangées : des ouvertures plus grandes de forme rectangulaire se trouvent sur la rangée extérieure; des ouvertures plus petites de même forme se trouvent sur la rangée du milieu et une seule ouverture en forme de D se trouve sous la rangée du milieu et sert de point visuel central à l'éventail. Vues du dessus, les ouvertures d'aération forment un éventail de forme asymétrique, et l'espace entre chaque ouverture de chaque rangée est le même. Les ouvertures d'aération illustrées dans le dessin de Crocs ne sont pas positionnées sur trois rangées (ou ne forment pas d'éventail) et elles semblent être placées au hasard.
 - vi. La chaussure Fleece Dawgs n'a pas, sur les côtés, des ouvertures d'aération, des indentations ou toute autre représentation qui donne l'impression d'ouvertures d'aération, tandis que le dessin de Crocs semble montrer des ouvertures d'aération sur les côtés ou, à tout le moins, des indentations ou des ouvertures remplies tout le tour de la partie avant de la chaussure, ce qui constitue une caractéristique importante.
 - vii. Les côtés de la chaussure Fleece Dawgs présentent un motif régulier tout le tour de la partie avant de la chaussure. Le dessin de Crocs n'a pas de motif à l'avant et ne pourrait vraisemblablement pas avoir de motif régulier, car n'importe quel motif serait interrompu par au moins sept éléments en forme de trapèze (qui sont soit des ouvertures sur les côtés, soit des indentations qui donnent l'impression d'ouvertures remplies) qui empièteraient sur un motif particulier, sur les côtés.
 - viii. Il ne serait pas non plus possible d'intégrer au dessin de Crocs le même motif que celui qui figure sur la chaussure Fleece Dawgs, car la partie des côtés de la chaussure Fleece Dawgs où se trouvent les rangées de points en relief est beaucoup plus étroite que celle des côtés qui est représentée dans le dessin de Crocs.
 - ix. Le nombre, la taille et la position des stries et des parties lisses diffèrent entre la chaussure de Crocs et la chaussure Fleece Dawgs — par exemple,

Design depicts at least six rows of narrow ridges around the side walls of front of the footwear while Fleece Dawgs Footwear includes four wider bridges;

- x. Some depictions of the Crocs Design show that multiple ridges and smooth sections extend all the way around the footwear (e.g., figure 1); in Fleece Dawgs the rows of raised bumps at the front of the footwear terminates at approximately halfway between the front and rear of the footwear;
 - xi. Figure 1 of the Crocs Design depicts that below the fleece towards the rear of the footwear (the right side of the figure) several rows of ridges and smooth sections are visible; in Fleece Dawgs only rows of bumps are visible below the fleece on the same portion of footwear;
 - xii. In the rear of the footwear depicted in the Crocs Design (e.g., Figure 3), below the fleece there are two smooth sections; in Fleece Dawgs there are raised bumps directly below the fleece lining in the rear of the footwear and there are always more than three rows of raised circular bumps visible, and as many as eight rows of raised bumps are visible;
 - xiii. The appearance of the first shown in the Crocs Design appears to be of a different texture than the fleece used in Fleece Dawgs—the further in the Crocs Design appears much less fine than the fleece used in Fleece Dawgs;
 - xiv. The size and position of the fleece / fur differs between the Crocs Design and Fleece Dawgs Footwear; for example, when viewed from the same viewpoint as Figure 1 of the Crocs Design, the fleece in Fleece Dawgs extends downward to cover a much greater portion of the height of the footwear in the fur shown in figure 1 of the Crocs Design;
- le dessin de Crocs illustre au moins six rangées de stries étroites qui font tout le tour de la partie avant de la chaussure, tandis que la chaussure Fleece Dawgs présente quatre stries plus larges.
 - x. Certaines représentations du dessin de Crocs montrent que plusieurs stries et des parties lisses font tout le tour de la chaussure (par exemple la figure 1). Sur la chaussure Fleece Dawgs, les rangées de points en relief à l'avant de la chaussure se terminent environ à mi-chemin entre l'avant et l'arrière de la chaussure.
 - xi. Selon la figure 1 du dessin de Crocs, sous le molleton, vers l'arrière de la chaussure (le côté droit de la figure), plusieurs rangées de stries et des parties lisses sont visibles. Sur la chaussure Fleece Dawgs, seules des rangées de points en relief sont visibles sous le molleton, sur la même partie de la chaussure.
 - xii. Sous le molleton à l'arrière de la chaussure représentée dans le dessin de Crocs (par exemple la figure 3) apparaissent deux parties lisses. Sur la chaussure Fleece Dawgs se trouvent des points en relief directement sous la doublure en molleton, à l'arrière de la chaussure, et il y a toujours plus de trois et jusqu'à huit rangées de points en relief visibles.
 - xiii. La fourrure présentée dans le dessin de Crocs semble avoir une texture différente de celle du molleton utilisé dans la chaussure Fleece Dawgs. La fourrure dans le dessin de Crocs semble beaucoup moins fine que le molleton utilisé dans la chaussure Fleece Dawgs.
 - xiv. La taille et la position du molleton et de la fourrure diffèrent entre le dessin de Crocs et la chaussure Fleece Dawgs. Par exemple, lorsqu'on l'observe sous le même angle que la figure 1 du dessin de Crocs, le molleton de la chaussure Fleece Dawgs descend plus bas et couvre une partie beaucoup plus grande du talon de la chaussure que la fourrure présentée dans la figure 1 du dessin de Crocs.

-
- xv. The footwear depicted in the Crocs Design has a raised toe (e.g., Figure 2) while Fleece Dawgs do not have a similarly raised toe—in particular Figure 2 of the Crocs Design depicts that the raised toe begins farther towards the middle of the shoe such that many rows of tread are visible from this viewpoint while in Fleece Dawgs the rows of tread are not similarly visible;
- xvi. The footwear depicted in the Crocs Design has an angularly raised heel; Fleece Dawgs do not have a similarly raised heel;
- xvii. Figures 4 and 5 of the Crocs Design show that near the rear of the footwear, a smooth section is present below the fur collar and the smooth section extends all the way to the rear of the shoe; Fleece Dawgs do not have this smooth section extending to the rear of the shoe;
- xviii. Figures 4 and 5 of the Crocs Design show that near the heel of the footwear, the bottom of the footwear has an angle that causes the heel of the footwear to be raised up; Fleece Dawgs have no such angle on the bottom near the heel—the heel on the Fleece Dawgs is rounded in this area having no angles—and the pattern of raised circular bumps on Fleece Dawgs is not cut off in similar views as Figures 4 and 5 of the Crocs Design;
- xix. Fleece Dawgs include none of these features, and instead have a continuous flow of raised circular bumps around the rear portion; the Crocs Design depicts several distinct sections on the bottom left and right of the rear of the footwear (shown in Figure 3);
- xx. The rear portion of fleece and Fleece Dawgs includes a prominent “Dawgs” logo; the Crocs Design does not show any logo on any portion of the fleece;
- xxi. The placement of the visible head portion of the mushroom connector pins and Fleece Dawgs is
- xv. Le bout de la chaussure représentée dans le dessin de Crocs est surélevé (par exemple la figure 2), tandis que le bout de la chaussure Fleece Dawgs ne l’est pas. Plus précisément, la figure 2 du dessin de Crocs montre que le bout surélevé commence plus vers le centre de la chaussure, de sorte que beaucoup de lignes sur la semelle sont visibles sous cet angle, tandis que, sur la chaussure Fleece Dawgs, les lignes sur la semelle ne sont pas aussi visibles.
- xvi. Le talon de la chaussure représentée dans le dessin de Crocs est surélevé en angle. La chaussure Fleece Dawgs n’est pas dotée de ce même talon surélevé.
- xvii. Les figures 4 et 5 du dessin de Crocs montrent que, vers l’arrière de la chaussure, une partie lisse est présente sous le col en fourrure et que cette partie va jusqu’à l’arrière de la chaussure. La chaussure Fleece Dawgs n’est pas dotée de cette partie lisse qui va jusqu’à l’arrière de la chaussure.
- xviii. Les figures 4 et 5 du dessin de Crocs montrent que l’angle sous la chaussure, près du talon, surélève le talon. La chaussure Fleece Dawgs n’a pas cet angle sous la chaussure, près du talon. Le talon sur la chaussure Fleece Dawgs est arrondi dans cette zone dépourvue d’angles, et le motif des points en relief sur la chaussure Fleece Dawgs n’est pas interrompu si la chaussure est observée sous les mêmes angles que les figures 4 et 5 du dessin de Crocs.
- xix. La chaussure Fleece Dawgs n’a aucune de ces caractéristiques. Elle présente plutôt une série continue de points en relief autour de la partie arrière. Le dessin de Crocs illustre plusieurs parties distinctes du dessous gauche et droit de l’arrière de la chaussure (représentées à la figure 3).
- xx. Sur le molleton à l’arrière de la chaussure Fleece Dawgs se trouve le logo « Dawgs » bien visible. Le dessin de Crocs ne montre aucun logo sur aucune partie du molleton.
- xxi. La position de la partie visible des rivets en forme de champignon sur la chaussure Fleece Dawgs

different than the placement shown in Figure 1 of the Crocs Design—in Figure 1 of the Crocs Design, the connector pin is placed much higher on the shoe such that a smooth section, and several ridges and smooth sections are all below the rivet placement;

- xxii. The visible head portion of the mushroom connector pins and Fleece Dawgs displays a “Dawgs” logo; the Crocs Design does not show any design;
- xxiii. The footwear shown in the Crocs Design has distinct ridges that divide the top portion of the front section of the upper into sections; for example, the patent shows for ridges that divide the front section of the upper into five distinct sections are shown in figures 1, 2, 4, 5, and 6; this is particularly evident when the footwear is viewed from the top; the same portion of Fleece Dawgs is smooth and does not have ridges or sections;
- xxiv. The outer sole differs between Fleece Dawgs and the footwear depicted in the Crocs Design; in Fleece Dawgs the thread [*sic*] pattern is divided into three columns of traction nubs where the nubs have Y-shaped extrusions for traction with the floor surface; the Crocs Design shows two columns of traction nubs in dotted lines;
- xxv. The Crocs Design depicts a mid-region of the outer sole without markings or tread; Fleece Dawgs include raised words (including the footwear size and the geographical location of manufacture) as well as a depressed oval section.

diffère de celle présentée à la figure 1 du dessin de Crocs. À la figure 1 du dessin de Crocs, le rivet est placé beaucoup plus haut sur la chaussure, de sorte qu’une partie lisse et plusieurs stries et parties lisses se trouvent sous le rivet.

- xxii. La partie visible des rivets en forme de champignon sur la chaussure Fleece Dawgs affiche le logo « Dawgs ». Le dessin de Crocs ne montre aucun logo.
- xxiii. La chaussure représentée dans le dessin de Crocs est dotée de stries distinctes qui séparent en plusieurs sections la partie supérieure avant du dessus de la chaussure. Par exemple, le brevet montre des stries qui séparent la partie supérieure avant du dessus de la chaussure en cinq sections distinctes, lesquelles sont représentées aux figures 1, 2, 4, 5 et 6. C’est particulièrement évident lorsque l’on regarde la chaussure d’en haut. La même partie de la chaussure Fleece Dawgs est lisse et n’est pas dotée de stries ou divisée en sections.
- xxiv. La semelle extérieure de la chaussure Fleece Dawgs et celle de la chaussure représentée dans le dessin de Crocs sont différentes. Sur la chaussure Fleece Dawgs, le motif de la semelle est divisé en trois rangées de petits crampons sur lesquels se trouvent des reliefs en forme de Y pour adhérer au sol. Le dessin de Crocs montre deux rangées de petits crampons sous forme de lignes pointillées.
- xxv. Selon le dessin de Crocs, le centre de la semelle extérieure est dépourvu de marquage ou de lignes. Le centre de la semelle de la chaussure Fleece Dawgs présente des mots apparaissant en relief (notamment la taille de la chaussure et le pays de fabrication) ainsi qu’une section ovale enfoncée.

Annex B—Relevant Provisions

Industrial Design Act, R.S.C. 1985, c. I-9

Past version: in force between December 18, 2001 and November 4, 2018

Annexe B — Dispositions applicables

Loi sur les dessins industriels, L.R.C. (1985), ch. I-9

Version antérieure : en vigueur entre le 18 décembre 2001 et le 4 novembre 2018

INTERPRETATION**Definitions**

2 ...

design or *industrial design* means features of shape, configuration, pattern or ornament and any combination of those features that, in a finished article, appeal to and are judged solely by the eye; (*dessin*)

...

variants means designs applied to the same article or set and not differing substantially from one another. (*variantes*)

INDUSTRIAL DESIGNS**Registration**

...

Restriction on protection

5.1 No protection afforded by this Act shall extend to

(a) features applied to a useful article that are dictated solely by a utilitarian function of the article; or

...

Registration of design

6 (1) The Minister shall register the design if the Minister finds that it is not identical with or does not so closely resemble any other design already registered as to be confounded therewith, and shall return to the proprietor thereof the drawing or photograph and description with the certificate required by this Part.

...

7 ...

Certificate to be evidence of contents

(3) The certificate, in the absence of proof to the contrary, is sufficient evidence of the design, of the originality of the design, of the name of the proprietor, of the person named as proprietor being proprietor, of the commencement and term of registration, and of compliance with this Act.

...

DÉFINITIONS**Définitions**

2 [...]

dessin Caractéristiques ou combinaison de caractéristiques visuelles d'un objet fini, en ce qui touche la configuration, le motif ou les éléments décoratifs. (*design* or *industrial design*)

[...]

variantes Dessins s'appliquant au même objet ou ensemble et ne différant pas de façon importante les uns des autres. (*variants*)

DESSINS INDUSTRIELS**Enregistrement**

[...]

Limites et protection

5.1 Les caractéristiques résultant uniquement de la fonction utilitaire d'un objet utilitaire ni les méthodes ou principes de réalisation d'un objet ne peuvent bénéficier de la protection prévue par la présente loi.

[...]

Enregistrement du dessin

6 (1) Si le ministre trouve que le dessin n'est pas identique à un autre dessin déjà enregistré ou qu'il n'y ressemble pas au point qu'il puisse y avoir confusion, il l'enregistre et remet au propriétaire une esquisse ou une photographie ainsi qu'une description en même temps que le certificat prescrit par la présente partie.

[...]

7 [...]

Le certificat fait foi de son contenu

(3) En l'absence de preuve contraire, le certificat est une attestation suffisante du dessin, de son originalité, du nom du propriétaire, du fait que la personne dite propriétaire est propriétaire, de la date et de l'expiration de l'enregistrement, et de l'observation de la présente loi.

[...]

Exclusive Right**Exclusive right**

9 An exclusive right for an industrial design may be acquired by registration of the design under this Part.

...

Using design without licence

11 (1) During the existence of an exclusive right, no person shall, without the licence of the proprietor of the design,

(a) make, import for the purpose of trade or business, or sell, rent, or offer or expose for sale or rent, any article in respect of which the design is registered and to which the design or a design not differing substantially therefrom has been applied; or

...

Substantial differences

(2) For the purposes of subsection (1), in considering whether differences are substantial, the extent to which the registered design differs from any previously published design may be taken into account.

...

Action for Infringement

...

Limitation

18 No remedy may be awarded for an act of infringement committed more than three years before the commencement of the action for infringement.

Industrial Design Regulations, SOR/99-460

Past version: in force between September 26, 2014 and November 5, 2018

APPLICATIONS

...

10 (1) An application must relate to one design applied to a single article or set, or to variants.

Droit exclusif**Droit exclusif**

9 Le droit exclusif à la propriété d'un dessin industriel peut être acquis par l'enregistrement de ce dessin conformément à la présente partie.

[...]

Usage sans autorisation

11 (1) Pendant l'existence du droit exclusif, il est interdit, sans l'autorisation du propriétaire du dessin :

a) de fabriquer, d'importer à des fins commerciales, ou de vendre, de louer ou d'offrir ou d'exposer en vue de la vente ou la location un objet pour lequel un dessin a été enregistré et auquel est appliqué le dessin ou un dessin ne différant pas de façon importante de celui-ci;

[...]

Différences importantes

(2) Pour l'application du paragraphe (1), il peut être tenu compte, pour déterminer si les différences sont importantes, de la mesure dans laquelle le dessin enregistré est différent de dessins publiés auparavant.

[...]

Action pour violation d'un droit exclusif

[...]

Prescription

18 L'action en violation se prescrit par trois ans à compter de celle-ci.

Règlement sur les dessins industriels, DORS/99-460

Version antérieure : en vigueur entre le 26 septembre 2014 et le 5 novembre 2018

DEMANDES

[...]

10 (1) La demande vise un seul dessin — s'appliquant à un seul objet ou ensemble — ou des variantes.

(2) If an application does not comply with subsection (1), the applicant or their agent must limit the application to one design applied to a single article or set, or to variants.

(3) Any other design disclosed in the application referred to in subsection (2) may be made the subject of a separate application, if it is accompanied by the applicable fees set out in column 2 of item 1 of Schedule 2.

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5

Past version: in force between July 12, 2019 and June 19, 2022

Documentary Evidence

...

Business records to be admitted in evidence

30 (1) Where oral evidence in respect of a matter would be admissible in a legal proceeding, a record made in the usual and ordinary course of business that contains information in respect of that matter is admissible in evidence under this section in the legal proceeding on production of the record.

Federal Courts Rules, SOR/98-106

Expert Witnesses

...

Objection to expert

52.5 (1) A party to a proceeding shall, as early as possible in the proceeding, raise any objection to an opposing party's proposed expert witness that could disqualify the witness from testifying.

Manner of raising objection

(2) An objection may be raised

(a) by serving and filing a document containing the particulars of and basis for the objection; or

(b) in accordance with subsection 262(2) or subparagraph 263(c)(i) if, in the case of an action, the objection is known prior to the pre-trial conference.

(2) Lorsque la demande n'est pas conforme au paragraphe (1), le demandeur ou son mandataire la limite à un seul dessin — s'appliquant à un seul objet ou ensemble — ou à des variantes.

(3) Tout autre dessin divulgué dans la demande visée au paragraphe (2) peut faire l'objet d'une demande distincte, si celle-ci est accompagnée des droits applicables prévus à la colonne 2 de l'article 1 de l'annexe 2.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5

Version antérieure : en vigueur entre le 12 juillet 2019 et le 19 juin 2022

Preuve documentaire

[...]

Les pièces commerciales peuvent être admises en preuve

30 (1) Lorsqu'une preuve orale concernant une chose serait admissible dans une procédure judiciaire, une pièce établie dans le cours ordinaire des affaires et qui contient des renseignements sur cette chose est, en vertu du présent article, admissible en preuve dans la procédure judiciaire sur production de la pièce.

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106

Témoins experts

[...]

Objection au témoin expert

52.5 (1) La partie à une instance soulève, le plus tôt possible en cour d'instance, toute objection quant à l'habilité à témoigner du témoin expert de la partie adverse.

Façon de soulever une objection

(2) L'objection peut être soulevée, selon le cas :

a) par la signification et le dépôt d'un document contenant les détails et le fondement de l'objection ;

b) conformément au paragraphe 262(2) ou au sous-alinéa 263c)(i), si, à l'instruction d'une action, elle était connue avant la conférence préparatoire.

A-298-21
2022 FCA 206

A-298-21
2022 CAF 206

The Attorney General of Canada (*Appellant*)

Le procureur général du Canada (*appelant*)

v.

c.

Hassan Almrei (*Respondent*)

Hassan Almrei (*intimé*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. ALMREI

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. ALMREI

Federal Court of Appeal, Boivin, de Montigny and LeBlanc JJ.A.—Ottawa, October 4 and November 28, 2022.

Cour d’appel fédérale, juges Boivin, de Montigny et LeBlanc, J.C.A.—Ottawa, 4 octobre et 28 novembre 2022.

Security Intelligence — Appeal from Federal Court order finding, as question of law, that summaries of information protected by human source privilege pursuant to Canadian Security Intelligence Service Act (CSIS Act), s. 18.1 may be authorized by Federal Court judge seized of application made under s. 18.1(4)(a) in context of civil proceedings, where that summary does not contain information that would identify or tend to identify human source — Present appeal brought by appellant on grounds that Designated Judge, in rendering order, erred in his interpretation of CSIS Act, s. 18.1 — Proceeding underlying present appeal was civil action initiated by respondent against Government of Canada in Ontario Superior Court — As part of civil action, respondent sought redress for alleged breaches of his rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms — Respondent’s claims brought against Government of Canada subsequent to security certificate proceedings — In course of discovery process for underlying civil action, respondent provided with partially redacted documents, partially redacted transcripts relating to proceedings involving security certificate — Redactions made to documents provided to respondent were based on claims of national security, human source privilege — Respondent subsequently sought disclosure of redacted information through two parallel applications filed before Federal Court — First application filed under Canada Evidence Act (CEA), s. 38.04(2)(c) while second application filed under CSIS Act, s. 18.1(4)(a) — In second application, respondent sought relief in form of summaries of information over which appellant claimed s. 18.1 privilege — Designated Judge reached conclusion that s. 18.1 allows issuance of summaries, in context of civil proceedings, that do not disclose identity of human source or from which identity of human source cannot be inferred — Compared s. 18.1 to other legislative schemes that explicitly provide for issuance of summaries — Concluded that, contrary to other legislative schemes, both CSIS Act, s. 18.1, CEA, s. 38 extend to proceedings before other tribunals or courts — Designated Judge accordingly found that it was open

Renseignement de sécurité — Appel d’une ordonnance de la Cour fédérale concluant, en tant que question de droit, que la communication de résumés d’informations protégées par le privilège des sources humaines en application de l’article 18.1 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Loi sur le SCRS) peut être autorisée par un juge de la Cour fédérale saisi d’une demande faite en application de l’alinéa 18.1(4)a dans le cadre d’une instance civile, lorsque ce résumé ne contient pas d’informations qui identifieraient la source humaine ou permettraient de découvrir son identité — Le présent appel a été interjeté par l’appelant au motif que le juge désigné, en rendant l’ordonnance, a commis une erreur dans son interprétation de l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS — L’instance sous-jacente au présent appel était une action civile intentée par l’intimé contre le gouvernement du Canada devant la Cour supérieure de l’Ontario — Dans le cadre de l’action civile, l’intimé demandait des mesures de réparation pour des violations alléguées de ses droits que lui garantit la Charte canadienne des droits et libertés — Les réclamations de l’intimé contre le gouvernement du Canada ont été présentées à la suite d’instances en matière de certificat de sécurité — Au cours du processus de communication préalable de l’action civile sous-jacente, l’intimé a reçu des documents partiellement expurgés concernant des instances en matière de certificat de sécurité — Les suppressions apportées aux documents fournis à l’intimé étaient fondées sur des allégations relatives à la sécurité nationale et au privilège des sources humaines — L’intimé a par la suite demandé la communication des informations expurgées au moyen de deux demandes parallèles déposées devant la Cour fédérale — La première demande a été déposée en application de l’alinéa 38.04(2)c de la Loi sur la preuve au Canada (LPC) alors que la deuxième demande a été déposée en application de l’alinéa 18.1(4)a de la Loi sur le SCRS — Dans la deuxième demande, l’intimé a demandé une mesure de réparation sous la forme de résumés d’information à l’égard de laquelle le privilège fondé sur l’article 18.1 a été revendiqué par

to interpret s. 18.1 in such a way as to preserve legislative intent of Parliament to protect identities of human sources while permitting disclosure of summaries of information to aid trial courts, in context of civil proceedings, as long as such summaries non-identifying — Whether Designated Judge correctly interpreted CSIS Act, s. 18.1 in finding that it allows designated judge of Federal Court to issue summaries in context of civil proceedings — Does CSIS Act, s. 18.1 allow for issuance of summaries, even non-identifying ones? — Section 18.1 creates absolute class privilege for CSIS human sources — Purpose of that privilege is to ensure that identity of human sources kept confidential in order to protect their life, security; to encourage individuals to provide information to the Service (s. 18.1(1)) — Parliament's intention was clear when it adopted s. 18.1: designated judge seized of application under this provision can either (i) prohibit disclosure of privileged information; (ii) order disclosure of information, if it is not subject to privilege; (iii) in context of criminal prosecution, information remains subject to privilege but can be disclosed, with conditions, in order to establish innocence of accused — Section 18.1 was intended to be more restrictive than CEA, s. 38 — Thus, if Parliament had intended to allow designated judge to issue summaries of information under s. 18.1, akin to ones contemplated in CEA s. 38, it would have expressly mentioned it in CSIS Act; yet, it chose not to — Although prohibition on disclosure of identity of human source in s. 18.1 is absolute, Parliament expressly envisaged one exception in limited context of criminal proceedings, which exception can be triggered in context of application made to designated judge under CSIS Act, s. 18.1(4)(b) when accused's innocence is at stake — Designated Judge erred in law in deciding that, pursuant to s. 18.1, Federal Court can authorize disclosure of summary of information by human source privilege in context of civil proceedings — In doing so, he ignored words, purpose of statute as well as intention of Parliament — CSIS Act, s. 18.1 declared not to allow issuance of summaries, including non-identifying ones, in context of civil proceedings — Appeal allowed.

l'appelant — Le juge désigné a conclu que l'article 18.1 permet la communication de résumés, dans le cadre d'instances civiles, qui ne communiquent pas l'identité d'une source humaine ou qui ne permettent pas de découvrir son identité — Il a comparé l'article 18.1 à d'autres régimes législatifs qui prévoient explicitement la communication de résumés — Il a conclu que, contrairement à d'autres régimes législatifs, tant l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS que l'article 38 de la LPC s'étendent aux instances devant d'autres tribunaux ou cours — Le juge désigné a donc conclu qu'il était loisible d'interpréter l'article 18.1 de manière à préserver l'intention du législateur de protéger l'identité des sources humaines tout en permettant néanmoins la communication de résumés d'informations pour aider les tribunaux de première instance, dans le contexte des instances civiles, tant que ces résumés sont non-identificateurs — Il s'agissait de savoir si le juge désigné a correctement interprété l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS en concluant qu'il permet à un juge désigné de la Cour fédérale de communiquer des résumés dans le cadre d'instances civiles — La question en litige était de savoir si l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS permet la communication de résumés, même non identificateurs — L'article 18.1 crée un privilège générique absolu pour les sources humaines du SCRS — L'objet de ce privilège est de préserver l'anonymat des sources humaines afin de protéger leur vie et leur sécurité; et d'encourager les personnes physiques à fournir des informations au Service (paragraphe 18.1(1)) — L'intention du législateur était claire lorsqu'il a adopté l'article 18.1 : un juge désigné saisi d'une demande en application de cette disposition peut soit (i) interdire la communication de l'information privilégiée; (ii) ordonner la communication de l'information, si elle n'est pas assujettie au privilège; et, (iii) dans le cadre d'une poursuite criminelle, l'information demeure sujette au privilège, mais peut être communiquée, à certaines conditions, afin d'établir l'innocence de l'accusé — L'article 18.1 a été conçu pour être plus restrictif que l'article 38 de la LPC — Par conséquent, si le législateur avait eu l'intention de permettre à un juge désigné de communiquer des résumés d'informations en application de l'article 18.1, semblables à ceux visés à l'article 38 de la LPC, il l'aurait expressément mentionné dans la Loi sur le SCRS; cependant, il a choisi de ne pas le faire — Bien que l'interdiction de divulguer l'identité d'une source humaine à l'article 18.1 soit absolue, le législateur a expressément envisagé une exception dans le cadre restreint des instances criminelles, laquelle peut s'appliquer dans le contexte d'une demande présentée à un juge désigné au titre de l'alinéa 18.1(4)b lorsque l'innocence d'un accusé est en jeu — Le juge désigné a commis une erreur de droit en décidant qu'en application de l'article 18.1, la Cour fédérale peut autoriser la communication d'un résumé d'informations par le privilège relatif aux sources humaines dans le cadre d'une instance civile — Ce faisant, il a fait fi des mots et de l'objet de la loi ainsi que de l'intention du législateur — Il a été déclaré que l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS ne permet pas la communication de résumés, notamment

This was an appeal from a Federal Court order finding, as a question of law, that summaries of information protected by human source privilege pursuant to section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act) may be authorized by a Federal Court judge seized of an application made under paragraph 18.1(4)(a) in the context of civil proceedings, where that summary does not contain information that would identify or tend to identify a human source.

The present appeal was brought by the appellant on grounds that the Designated Judge, in rendering the order, erred in his interpretation of section 18.1. The proceeding underlying this appeal was a civil action initiated by the respondent against the Government of Canada in the Ontario Superior Court. As part of his civil action, the respondent sought redress for alleged breaches of his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. More particularly, the respondent claimed that the Government of Canada committed a civil wrong by way of negligent investigation and false imprisonment. The respondent's claims against the Government of Canada were brought subsequent to security certificate proceedings initiated against the respondent under the former *Immigration Act* and the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). The first security certificate was issued in 2001 and later struck down by the Supreme Court of Canada in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*. The second certificate, issued in 2008, was found to be unreasonable and quashed by the Federal Court in *Almrei (Re)*. In the interim, the respondent was detained for almost eight years. In the course of the discovery process for the underlying civil action before the Ontario Superior Court, the respondent was provided with documents that were partially redacted. He was also provided with transcripts of the *in camera* and *ex parte* proceedings relating to the 2008 certificate which were likewise also partially redacted. The redactions made to the documents provided to the respondent were based on claims of national security and human source privilege. The respondent subsequently sought disclosure of the redacted information through two parallel applications filed before the Federal Court. The first application was filed under paragraph 38.04(2)(c) of the *Canada Evidence Act* (CEA) while the second application was filed under paragraph 18.1(4)(a) of the CSIS Act. In this second application, the respondent sought relief in the form of summaries of the information over which section 18.1 privilege was claimed by the appellant. His request for the said information did not seek to identify the human source nor did it seek to have the identity of the human source inferred. The application under paragraph 18.1(4)(a) was ordered to be heard first. The *amici curiae* filed a motion seeking a declaration that section 18.1 allows the issuance of summaries of information

les résumés non-identificateurs, dans le cadre d'une instance civile — Appel accueilli.

Il s'agissait d'un appel d'une ordonnance de la Cour fédérale concluant, en tant que question de droit, que la communication de résumés d'informations protégées par le privilège des sources humaines en application de l'article 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (Loi sur le SCRS) peut être autorisée par un juge de la Cour fédérale saisi d'une demande faite en application de l'alinéa 18.1(4)a) dans le cadre d'une instance civile, lorsque ce résumé ne contient pas d'informations qui identifieraient la source humaine ou permettraient de découvrir son identité.

Le présent appel a été interjeté par l'appellant au motif que le juge désigné, en rendant l'ordonnance, a commis une erreur dans son interprétation de l'article 18.1. L'instance sous-jacente au présent appel était une action civile intentée par l'intimé contre le gouvernement du Canada devant la Cour supérieure de l'Ontario. Dans le cadre de son action civile, l'intimé a demandé des mesures de réparation pour des violations alléguées de ses droits que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés*. Plus précisément, l'intimé a soutenu que le gouvernement du Canada a commis un délit civil en faisant preuve de négligence, en menant une enquête et en effectuant un emprisonnement illégal. Les réclamations de l'intimé contre le gouvernement du Canada ont été présentées à la suite d'instances en matière de certificat de sécurité introduites contre lui sous le régime de l'ancienne *Loi sur l'immigration* et de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR). Le premier certificat de sécurité a été délivré en 2001 et annulé plus tard par la Cour suprême du Canada lorsqu'elle a rendu l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*. Le deuxième certificat, délivré en 2008, a été jugé déraisonnable et annulé par la Cour fédérale dans la décision *Almrei (Re)*. Entre-temps, l'intimé a été détenu pendant près de huit ans. Au cours du processus de communication préalable de l'action civile sous-jacente devant la Cour supérieure de l'Ontario, l'intimé a reçu des documents partiellement expurgés. Il a également reçu les transcriptions des audiences tenues à huis clos et *ex parte* au sujet du certificat de 2008, qui ont également été partiellement expurgées. Les suppressions apportées aux documents fournis à l'intimé étaient fondées sur des allégations relatives à la sécurité nationale et au privilège des sources humaines. L'intimé a par la suite demandé la communication des informations expurgées au moyen de deux demandes parallèles déposées devant la Cour fédérale. La première demande a été déposée en application de l'alinéa 38.04(2)c) de la *Loi sur la preuve au Canada* (LPC) alors que la deuxième demande a été déposée en application de l'alinéa 18.1(4)a) de la Loi sur le SCRS. Dans cette deuxième demande, l'intimé a demandé une mesure de réparation sous la forme de résumés d'information à l'égard de laquelle le privilège fondé sur l'article 18.1 a été revendiqué par l'appellant. Sa demande ne visait pas à obtenir de l'information

protected under section 18.1 privilege if the said summaries do not identify or allow an inference of the identity of the human source (non-identifying summaries). The appellant opposed that motion. The Designated Judge granted the *amici*'s motion. The Designated Judge reached the conclusion that section 18.1 allows the issuance of summaries, in the context of civil proceedings, that do not disclose the identity of a human source or from which the identity of a human source cannot be inferred. In reaching his conclusion, he compared section 18.1 to other legislative schemes that, unlike section 18.1, explicitly provide for the issuance of summaries, such as section 38 of the CEA. On this basis, the Designated Judge concluded that, contrary to other legislative schemes, both section 18.1 of the CSIS Act and section 38 of the CEA extend to proceedings before other tribunals or courts. The Designated Judge accordingly found that it was open to interpret section 18.1 in such a way as to preserve the legislative intent of Parliament to protect the identities of human sources while nonetheless permitting disclosure of summaries of information to aid trial courts, in the context of civil proceedings, as long as such summaries are non-identifying.

The sole issue was whether the Designated Judge correctly interpreted section 18.1 of the CSIS Act in finding that it allows a designated judge of the Federal Court to issue summaries in the context of civil proceedings.

Held, the appeal should be allowed.

Section 18.1 of the CSIS Act was enacted in response to the Supreme Court of Canada's decision in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat* in which the Supreme Court held that the common law police informer privilege does not extend to CSIS human sources. At issue in the present appeal was the interpretation of section 18.1 and, more particularly, whether it allows for the issuance of summaries, even non-identifying ones. The issue had to be resolved by applying the principles of statutory interpretation. Both the appellant and the *amici* agreed that section 18.1 creates an absolute class privilege for CSIS human sources. However, they disagreed on the issue of whether summaries of privileged information are allowed under section 18.1 or whether such summaries would amount to an exception to the class privilege. The appellant submitted that the CSIS Act does not provide jurisdiction to issue summaries, even non-identifying ones, unless it makes express reference to "summaries", which is not the case under section 18.1. The purpose of the class privilege provided for at section 18.1 is to ensure that "the identity of human sources is kept confidential in

qui identifierait une source humaine ou qui permettrait de découvrir son identité. Il a été ordonné que la demande en application de l'alinéa 18.1(4)a soit entendue en premier. Les *amici curiae* ont déposé une requête en vue d'obtenir une déclaration selon laquelle l'article 18.1 permet la communication de résumés d'information protégée par le privilège en application de l'article 18.1 si ces résumés n'identifient pas la source humaine ou ne permettent pas de découvrir son identité (résumés non-identificateurs). L'appellant s'est opposé à cette requête. Le juge désigné a accueilli la requête des *amici*. Le juge désigné a conclu que l'article 18.1 permet la communication de résumés, dans le cadre d'une instance civile, qui ne communiquent pas l'identité d'une source humaine ou qui ne permettent pas de découvrir son identité. En arrivant à sa conclusion, il a comparé l'article 18.1 à d'autres régimes législatifs qui, contrairement à l'article 18.1, prévoient explicitement la communication de résumés, comme l'article 38 de la LPC. Par conséquent, le juge désigné a conclu que, contrairement à d'autres régimes législatifs, tant l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS que l'article 38 de la LPC s'étendent aux instances devant d'autres tribunaux ou cours. Le juge désigné a donc conclu qu'il était loisible d'interpréter l'article 18.1 de manière à préserver l'intention du législateur de protéger l'identité des sources humaines tout en permettant néanmoins la communication de résumés d'informations pour aider les tribunaux de première instance, dans le contexte des instances civiles, tant que ces résumés sont non-identificateurs.

La seule question était de savoir si le juge désigné a correctement interprété l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS en concluant qu'il permet à un juge désigné de la Cour fédérale de communiquer des résumés dans le cadre d'instances civiles.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

L'article 18.1 a été adopté après que la Cour suprême du Canada eut rendu l'arrêt intitulé *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat* dans lequel la Cour suprême a conclu que le privilège de common law relatif aux indicateurs de police ne s'étend pas aux sources humaines du SCRS. La question en litige dans le présent appel était l'interprétation de l'article 18.1 et, plus précisément, de savoir s'il permet la communication de résumés, même non identificateurs. Cette question devait être tranchée en appliquant les principes d'interprétation des lois. L'appellant et les *amici* ont reconnu que l'article 18.1 crée un privilège générique absolu pour les sources humaines du SCRS. Cependant, ils ne se sont pas entendus sur la question de savoir si les résumés d'informations privilégiées sont autorisés en application de l'article 18.1 ou si de tels résumés équivaldraient à une exception au privilège générique. L'appellant a soutenu que la Loi sur le SCRS ne confère pas de compétence pour communiquer des résumés, même non-identificateurs, à moins qu'elle ne fasse expressément mention des « résumés », ce qui n'est pas le cas en ce qui concerne l'article 18.1. L'objet du privilège

order to protect their life and security and to encourage individuals to provide information to the Service” (subsection 18.1(1)). Indeed, information protected by section 18.1 is exceptionally sensitive in nature and the risks posed by its disclosure can be fatal to a human source. A human source is defined at section 2 of the CSIS Act and means “an individual who, after having received a promise of confidentiality, has provided, provides or is likely to provide information to the Service”. Parliament’s intention was clear when it adopted section 18.1: a designated judge seized of an application under this provision can either (i) prohibit the disclosure of the privileged information; (ii) order the disclosure of the information, if it is not subject to privilege; and, (iii) in the context of a criminal prosecution, the information remains subject to privilege but can be disclosed, with conditions, in order to establish the innocence of the accused. Significantly, section 18.1 was intended to be more restrictive than section 38 of the CEA. It followed that if Parliament had intended to allow a designated judge to issue summaries of information under section 18.1, akin to the ones contemplated in section 38 of the CEA, it would have expressly mentioned it in the CSIS Act. Yet, it chose not to.

Both section 18.1, on the one hand, and section 38 of the CEA, on the other, include a bifurcation scheme based on a division of responsibilities between the Federal Court and other courts of the provinces in certain matters. In the present case, the Designated Judge supported his finding regarding section 18.1 on the operation of the bifurcation scheme in both section 18.1 and section 38 of the CEA. The Designated Judge reasoned that if section 38 of the CEA contemplates a bifurcation scheme and allows for summaries, the bifurcation scheme in section 18.1 must, in the same way, permit the issuance of summaries. The assumption that was made was that because both provisions extend to proceedings before other tribunals or courts (here the Superior Court of Ontario), the bifurcation process under both provisions should be interpreted in the same manner. Thus, according to the Designated Judge, section 18.1 should operate like section 38 of the CEA and allow for summaries. However, the Designated Judge erred in making that assumption. His assumption and reasoning not only ignored the words of section 18.1 but could also result in an import of the balancing test between the usefulness of the information and the public interest contemplated at section 38 of the CEA, into section 18.1.

The intention of Parliament not to allow a designated judge to issue summaries in the context of section 18.1 was further supported by the fact that, when Parliament contemplates such summaries in legislation, in the context of national security, it

générique prévu à l’article 18.1 est de « préserver l’anonymat des sources humaines afin de protéger leur vie et leur sécurité et d’encourager les personnes physiques à fournir des informations au Service » (paragraphe 18.1(1)). En effet, les informations protégées par l’article 18.1 sont de nature exceptionnellement sensible et les risques posés par leur communication peuvent être fatals à une source humaine. Une source humaine est définie à l’article 2 de la Loi sur le SCRS et désigne une « personne physique qui a reçu une promesse d’anonymat et qui, par la suite, a fourni, fournit ou pourrait vraisemblablement fournir des informations au Service ». L’intention du législateur était claire lorsqu’il a adopté l’article 18.1 : un juge désigné saisi d’une demande en application de cette disposition peut soit (i) interdire la communication de l’information privilégiée; (ii) ordonner la communication de l’information, si elle n’est pas assujettie au privilège; et, (iii) dans le cadre d’une poursuite criminelle, l’information demeure sujette au privilège, mais peut être communiquée, à certaines conditions, afin d’établir l’innocence de l’accusé. Notamment, l’article 18.1 a été conçu pour être plus restrictif que l’article 38 de la LPC. Il s’est ensuivi que, si le législateur avait eu l’intention de permettre à un juge désigné de communiquer des résumés d’informations en application de l’article 18.1, semblables à ceux visés à l’article 38 de la LPC, il l’aurait expressément mentionné dans la Loi sur le SCRS. Cependant, il a choisi de ne pas le faire.

Tant l’article 18.1, d’une part, que l’article 38 de la LPC, d’autre part, comportent un régime dualiste fondé sur une division des responsabilités entre la Cour fédérale et les autres tribunaux des provinces dans certains litiges. En l’espèce, le juge désigné a appuyé sa conclusion relative à l’article 18.1 sur l’application du régime dualiste tant à l’article 18.1 qu’à l’article 38 de la LPC. Le juge désigné a estimé que, si l’article 38 de la LPC envisage un régime dualiste et autorise la communication de résumés, le régime dualiste prévu à l’article 18.1 doit, de la même manière, autoriser la communication de résumés. L’hypothèse retenue était que parce que les deux dispositions s’étendent aux instances devant d’autres tribunaux ou cours (en l’espèce devant la Cour supérieure de l’Ontario), le processus bifurqué des dispositions doit être interprété de la même manière. Par conséquent, selon le juge désigné, l’article 18.1 devrait être appliqué comme l’article 38 de la LPC et autoriser la communication de résumés. Cependant, le juge désigné a commis une erreur en formulant cette hypothèse. Son hypothèse et son raisonnement ont non seulement fait fi des mots de l’article 18.1, mais pourraient également entraîner une importation, à l’article 18.1, de l’analyse de mise en balance entre l’utilité de l’information et l’intérêt public envisagés à l’article 38 de la LPC.

L’intention du législateur de ne pas permettre à un juge désigné de communiquer des résumés dans le contexte de l’article 18.1 a également été étayée par le fait que, lorsque le législateur envisage la communication de tels résumés dans

does so expressly. In the present case, the Designated Judge was cognizant of the express language provided for in several legislative schemes regarding the issuance of summaries. He nonetheless attempted to understate the express references to “summaries” in these legislative schemes by restricting his analysis to a comparison with section 38 of the CEA and the “few steps”, as he described, which it contemplates. On this basis, the Designated Judge distinguished the various other legislative schemes—which include express references to summaries—by finding that such summaries are of a different nature than those contemplated in section 38 of the CEA. However, the Designated Judge’s distinction was misplaced. Indeed, the purpose of the summaries in the other legislative schemes at issue is to inform interested parties of the case the government holds against them without disclosing sensitive information, whereas the issuance of summaries under section 38 of the CEA is conditional to a finding that the disclosure of the underlying information would be injurious to national security (subsection 38.06(2) of the CEA). This difference clearly explained the absence of the “few steps” mechanism—referred to by the Designated Judge in connection with section 38 of the CEA—in the other legislative schemes.

Although the prohibition on disclosure of the identity of a human source in section 18.1 is absolute, Parliament expressly envisaged one exception in the limited context of criminal proceedings. This exception can be triggered in the context of an application made to a designated judge under paragraph 18.1(4)(b) of the CSIS Act when an accused’s innocence is at stake. The Designated Judge interpreted the interaction between paragraph 18.1(4)(b) and subsection 18.1(8) as a “clear statement” that Parliament intended to provide the Federal Court with control regarding the manner in which information can be disclosed “even where it may be identifying”. In support of his reasoning, the Designated Judge drew parallels with criminal proceedings. The Designated Judge’s comparison with criminal proceedings was again misplaced: the summaries in criminal courts referred to by the Designated Judge are provided when the right of an accused to make full answer and defence is engaged. This was not the case in the present matter. There are meaningful differences in the kinds of fairness interests engaged in civil and criminal proceedings, and the principles applicable in the latter should not be simply transferred into the former. In the present case, the proceeding was civil and the right to disclosure is limited by section 18.1 and must give way to the privilege contemplated by Parliament. The Designated Judge’s comparison accordingly had to be rejected. Pursuant to section 18.1, when an underlying procedure is civil in nature, like the one in the present case, only specific remedies are available to a party filing an application under section 18.1.

une loi, dans le contexte de la sécurité nationale, il le fait expressément. En l’espèce, le juge désigné était conscient du libellé exprès prévu dans plusieurs régimes législatifs concernant la communication de résumés. Il a néanmoins tenté de sous-estimer les mentions expresses des « résumés » dans ces régimes législatifs en limitant son analyse à une comparaison avec l’article 38 de la LPC et les « quelques mesures », selon ses propos, qu’il envisage. Ainsi, le juge désigné a établi une distinction entre la LPC et les différents autres régimes législatifs — qui comprennent des mentions expresses des résumés — en constatant que ces résumés sont d’une nature différente de ceux envisagés à l’article 38 de la LPC. Cependant, la distinction que le juge désigné a établie était mal fondée. En effet, le but de la communication de résumés dans les autres régimes législatifs en cause est d’informer les parties intéressées de la preuve du gouvernement qui pèse contre elles sans divulguer d’informations sensibles, tandis que la communication de résumés en application de l’article 38 de la LPC est subordonnée à la conclusion selon laquelle la divulgation des renseignements sous-jacents porterait préjudice à la sécurité nationale (paragraphe 38.06(2) de la LPC). Cette différence a clairement expliqué l’absence du mécanisme des « quelques mesures » évoqué par le juge désigné à propos de l’article 38 de la LPC dans les autres régimes législatifs.

Bien que l’interdiction de divulguer l’identité d’une source humaine à l’article 18.1 soit absolue, le législateur a expressément envisagé une exception dans le cadre restreint des instances criminelles. Cette exception peut s’appliquer dans le contexte d’une demande présentée à un juge désigné au titre de l’alinéa 18.1(4)b de la Loi sur le SCRS lorsque l’innocence d’un accusé est en jeu. Le juge désigné a interprété l’interaction entre l’alinéa 18.1(4)b et le paragraphe 18.1(8) comme un « énoncé clair » de l’intention du législateur de donner à la Cour fédérale le contrôle de la manière dont les informations peuvent être communiquées « même si elles sont susceptibles d’identifier la source ». Pour appuyer son raisonnement, le juge désigné a établi des parallèles avec les instances criminelles. La comparaison que le juge désigné a faite avec les instances criminelles était encore une fois mal fondée : les résumés devant les tribunaux criminels mentionnés par le juge désigné sont fournis lorsque le droit d’un accusé de présenter une défense pleine et entière est en jeu. Ce n’était pas le cas en l’espèce. Il existe des différences importantes dans les types d’intérêts en matière d’équité qui sont en jeu dans les instances civiles et criminelles, et les principes applicables dans les secondes ne devraient pas être simplement transférés dans les premières. En l’espèce, l’instance était civile et le droit à la divulgation est limité par l’article 18.1 et doit céder le pas au privilège prévu par le législateur. La comparaison que le juge désigné a faite devait donc être rejetée. En application de l’article 18.1, lorsqu’une instance sous-jacente est de nature civile, comme celle en l’espèce, une partie qui dépose une demande en application de l’article 18.1 ne dispose que de certains recours précis.

In conclusion, the Designated Judge erred in law in deciding that, pursuant to section 18.1, the Federal Court can authorize disclosure of a summary of information by human source privilege in the context of civil proceedings. In doing so, he ignored the words and the purpose of the statute as well as the intention of Parliament. The decision that the Designated Judge should have made was rendered and a declaration was made that section 18.1 of the CSIS Act does not allow the issuance of summaries, including non-identifying ones, in the context of civil proceedings.

En conclusion, le juge désigné a commis une erreur de droit en décidant qu'en application de l'article 18.1, la Cour fédérale peut autoriser la communication d'un résumé d'informations par le privilège relatif aux sources humaines dans le cadre d'une instance civile. Ce faisant, il a fait fi des mots et de l'objet de la loi ainsi que de l'intention du législateur. La décision que le juge désigné aurait dû rendre a été rendue et une déclaration a été faite portant que l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS ne permet pas la communication de résumés, notamment les résumés non-identificateurs, dans le cadre d'une instance civile.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Bill C-44, *An Act to amend the Canadian Security Intelligence Service Act and other Acts*, 41st Parl., 2nd Sess., 2015.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 18.1(4)(a), 38, 38.04(2)(c), 38.06(2).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part 1 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 2 "human source", 18.1, 19.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 83, 87.
Prevention of Terrorist Travel Act, S.C. 2015, c. 36, s. 42, ss. 4(c), 6(c).
Secure Air Travel Act, S.C. 2015, c. 20, s. 11, s. 16(c).

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Almalki, 2016 FCA 195, [2017] 2 F.C.R. 44.

CONSIDERED:

Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration), 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33; *X (Re)*, 2017 FC 136, [2017] 4 F.C.R. 391; *Section 18.1 of the Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C. 1985, c. C-23, as Amended (Re)*, 2018 FCA 161, [2019] 2 F.C.R. 333; *R. v. Ahmad*, 2011 SCC 6, [2011] 1 S.C.R. 110.

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].
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 83, 87.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 18.1(4)a, 38, 38.04(2)c, 38.06(2).
Loi sur la prévention des voyages de terroristes, L.C. 2015, ch. 36, art. 42, art. 4c, 6c).
Loi sur la sûreté des déplacements aériens, L.C. 2015, ch. 20, art. 11, art. 16c).
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 2 « source humaine », 18.1, 19.
Projet de loi C-44, Loi modifiant la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité et d'autres lois, 41^e lég., 2^e sess., 2015.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Canada (Procureur général) c. Almalki, 2016 CAF 195, [2017] 2 R.C.F. 44.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33; *X (Re)*, 2017 CF 136, [2017] 4 R.C.F. 391; *Article 18.1 de la Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, telle que modifiée (Re)*, 2018 CAF 161, [2019] 2 R.C.F. 333; *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110.

REFERRED TO:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, 154 D.L.R. (4th) 193; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289; *Bayer Cropscience LP v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 77, 155 C.P.R. (4th) 99; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, 143 D.L.R. (4th) 38; *R. v. Pilbeam*, 2018 MBCA 128 (CanLII), 369 C.C.C. (3d) 437; *R. v. McKay*, 2016 BCCA 391, 342 C.C.C. (3d) 58; *Karahroudi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 522, [2017] 1 F.C.R. 167; *Soltanizadeh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 114, 289 A.C.W.S. (3d) 599, rev'd on other grounds 2019 FCA 202; *Canada (Attorney General) v. Telbani*, 2014 FC 1050, 251 A.C.W.S. (3d) 457.

AUTHORS CITED

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Library of Parliament. *Legislative Summary*, “Bill C-44: An Act to amend the *Canadian Security Intelligence Service Act* and other Acts”, by Holly Porteous, Dominique Valiquet and Julie Béchar, Publication No. 41-2-C44-E (28 November 2014).

APPEAL from a Federal Court order (2021 FC 1153, [2021] 3 F.C.R. D-5) finding, as a question of law, that summaries of information protected by human source privilege pursuant to section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* may be authorized by a judge of the Federal Court seized of an application made under paragraph 18.1(4)(a) thereof in the context of civil proceedings, where that summary does not contain information that would identify or tend to identify a human source. Appeal allowed.

APPEARANCES

Nathalie Benoit and *Jacques-Michel Cyr* for appellant.
Gordon Cameron as *amici curiae*.

SOLICITORS OF RECORD

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

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, 1998 CanLII 837; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289; *Bayer Cropscience LP c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 77; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. v. Pilbeam*, 2018 MBCA 128 (CanLII), 369 C.C.C. (3d) 437; *R. v. McKay*, 2016 BCCA 391, 342 C.C.C. (3d) 58; *Karahroudi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 522, [2017] 1 R.C.F. 167; *Soltanizadeh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 114, inf. pour d'autres motifs par 2019 CAF 202; *Canada (Procureur général) c. Telbani*, 2014 CF 1050.

DOCTRINE CITÉE

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2^e éd. Toronto : Butterworths, 1983.
Bibliothèque du Parlement. *Résumé législatif*, « Projet de loi C-44 : Loi modifiant la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* et d'autres lois », par Holly Porteous, Dominique Valiquet et Julie Béchar, Publication n° 41-2-C44-F (28 novembre 2014).

APPEL d'une ordonnance de la Cour fédérale (2021 CF 1153, [2021] 3 R.C.F. F-6) concluant, en tant que question de droit, que la communication de résumés d'informations protégées par le privilège des sources humaines en application de l'article 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* peut être autorisée par un juge de la Cour fédérale saisi d'une demande faite en application de l'alinéa 18.1(4)a) dans le cadre d'une instance civile, lorsque ce résumé ne contient pas d'informations qui identifieraient la source humaine ou permettraient de découvrir son identité. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Nathalie Benoit et *Jacques-Michel Cyr* pour l'appelant.
Gordon Cameron en qualité d'*amicus curiae*.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelant.
Gordon Cameron en qualité d'*amicus curiae*.

This is a public version of confidential reasons for judgment issued to the parties. There are no redactions from the confidential reasons for judgment.

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

BOIVIN J.A.:

I. Introduction

[1] This is an appeal from an order rendered by Mosley J. of the Federal Court (the Designated Judge) (2021 FC 1153, [2021] 3 F.C.R. D-5) on October 28, 2021 finding, as a question of law, that summaries of information protected by human source privilege pursuant to section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (CSIS Act) may be authorized by a judge of the Federal Court seized of an application made under paragraph 18.1(4)(a) in the context of civil proceedings, where that summary does not contain information that would identify or tend to identify a human source.

[2] The present appeal is brought by the Attorney General of Canada (AGC) on grounds that the Designated Judge, in rendering the order, erred in his interpretation of section 18.1.

[3] For the reasons set out below, I would allow the appeal.

II. Background

[4] The proceeding underlying this appeal is a civil action initiated by Mr. Hassan Almrei against the Government of Canada in the Ontario Superior Court. As part of his civil action, Mr. Almrei seeks redress for alleged breaches of his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part 1 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). More particularly, Mr. Almrei claims that the Government of

Il s'agit d'une version publique des motifs confidentiels du jugement remis aux parties. Cette version ne comporte aucun caviardage de la version confidentielle des motifs du jugement.

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

LE JUGE BOIVIN, J.C.A. :

I. Introduction

[1] Il s'agit d'un appel d'une ordonnance du juge Mosley de la Cour fédérale (le juge désigné) (2021 CF 1153, [2021] 3 R.C.F. F-6) le 28 octobre 2021 qui a conclu, en tant que question de droit, que la communication de résumés d'informations protégées par le privilège des sources humaines en application de l'article 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (la Loi sur le SCRS) peut être autorisée par un juge de la Cour fédérale saisi d'une demande faite en application de l'alinéa 18.1(4)a) dans le cadre d'une instance civile, lorsque ce résumé ne contient pas d'informations qui identifieraient la source humaine ou permettraient de découvrir son identité.

[2] Le présent appel est interjeté par le procureur général du Canada (PGC) au motif que le juge désigné, en rendant l'ordonnance, a commis une erreur dans son interprétation de l'article 18.1.

[3] Pour les motifs exposés ci-après, j'accueillerai l'appel.

II. Contexte

[4] L'instance sous-jacente au présent appel est une action civile intentée par M. Hassan Almrei contre le gouvernement du Canada devant la Cour supérieure de l'Ontario. Dans le cadre de son action civile, M. Almrei demande des mesures de réparation pour des violations alléguées de ses droits que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]

Canada committed a civil wrong by way of negligent investigation and false imprisonment.

[5] Mr. Almrei's claims against the Government of Canada were brought subsequent to security certificate proceedings initiated against him under the former *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 and the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). The first security certificate was issued in 2001 and later struck down by the Supreme Court of Canada in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350. The second certificate, issued in 2008, was found to be unreasonable and quashed by the Federal Court in *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163. In the interim, Mr. Almrei was detained for almost eight years.

[6] In the course of the discovery process for the underlying civil action before the Ontario Superior Court, Mr. Almrei was provided with documents that were partially redacted. Mr. Almrei was also provided with transcripts of the *in camera* and *ex parte* proceedings related to the 2008 certificate which were likewise also partially redacted. The redactions made to the documents provided to Mr. Almrei were based on claims of national security and human source privilege.

[7] Mr. Almrei subsequently sought disclosure of the redacted information through two parallel applications filed before the Federal Court. The first application was filed under paragraph 38.04(2)(c) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (CEA) in file DES-3-17. The second application was filed under paragraph 18.1(4)(a) in file DES-1-18, whereby Mr. Almrei sought relief in the form of summaries of the information over which section 18.1 privilege has been claimed by the AGC. His request for the said information did not seek to identify the human source nor did it seek to have the identity of the human source inferred.

(la Charte). Plus précisément, M. Almrei soutient que le gouvernement du Canada a commis un délit civil en faisant preuve de négligence, en menant une enquête et en effectuant un emprisonnement illégal.

[5] Les réclamations de M. Almrei contre le gouvernement du Canada ont été présentées à la suite d'instances en matière de certificat de sécurité introduites contre lui sous le régime de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 et de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). Le premier certificat de sécurité a été délivré en 2001 et annulé plus tard par la Cour suprême du Canada lorsqu'elle a rendu l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350. Le deuxième certificat, délivré en 2008, a été jugé déraisonnable et annulé par la Cour fédérale dans la décision *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163. Entre-temps, M. Almrei a été détenu pendant près de huit ans.

[6] Au cours du processus de communication préalable de l'action civile sous-jacente devant la Cour supérieure de l'Ontario, M. Almrei a reçu des documents partiellement expurgés. M. Almrei a également reçu les transcriptions des audiences tenues à huis clos et *ex parte* au sujet du certificat de 2008, qui ont également été partiellement expurgées. Les suppressions apportées aux documents fournis à M. Almrei étaient fondées sur des allégations relatives à la sécurité nationale et au privilège des sources humaines.

[7] M. Almrei a par la suite demandé la communication des informations expurgées au moyen de deux demandes parallèles déposées devant la Cour fédérale. La première demande a été déposée en application de l'alinéa 38.04(2)c) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la LPC) dans le dossier DES-3-17. La deuxième demande a été déposée en application de l'alinéa 18.1(4)a) dans le dossier DES-1-18, par laquelle M. Almrei a demandé une mesure de réparation sous la forme de résumés d'information à l'égard de laquelle le privilège fondé sur l'article 18.1 a été revendiqué par le PGC. Sa demande ne visait pas à obtenir de l'information qui identifierait une source humaine ou qui permettrait de découvrir son identité.

[8] On January 12, 2021, the Designated Judge directed that the application under paragraph 18.1(4)(a) would be heard prior to the motion pertaining to section 38 of the CEA.

[9] The *amici curiae* filed a motion seeking a declaration that section 18.1 allows the issuance of summaries of information protected under section 18.1 privilege if the said summaries do not identify or allow an inference of the identity of the human source (non-identifying summaries). The AGC opposed that motion. The Designated Judge granted the *amici*'s motion and found that section 18.1 allowed the Federal Court to authorize the issuance of such summaries.

[10] The present appeal solely concerns the Designated Judge's legal finding with respect to the issuance of summaries pursuant to section 18.1.

III. The Designated Judge's Order

[11] As noted, the Designated Judge reached the conclusion that section 18.1 allows the issuance of summaries, in the context of civil proceedings, that do not disclose the identity of a human source or from which the identity of a human source cannot be inferred.

[12] In so doing, the Designated Judge recalled that the purpose of human source privilege as provided for by section 18.1 is to protect the life and security of human sources by keeping their identities confidential. Although the Designated Judge found that, on its face, the prohibition on disclosure of identifying information is absolute, he emphasized the importance of reading the CSIS Act as a whole (at paragraphs 18, 19 and 44). Relying on the wording of subsection 18.1(2), he was of the view that the human source privilege is not truly an absolute one as the prohibition on disclosure only applies where the production of information may be compelled for proceedings before a court or a tribunal and hence, does not "extend to disclosures by the Service for other purposes" (at paragraphs 43–44).

[8] Le 12 janvier 2021, le juge désigné a ordonné que la demande en application de l'alinéa 18.1(4)a soit entendue avant la requête relative à l'article 38 de la LPC.

[9] Les *amici curiae* ont déposé une requête en vue d'obtenir une déclaration selon laquelle l'article 18.1 permet la communication de résumés d'information protégée par le privilège en application de l'article 18.1 si ces résumés n'identifient pas la source humaine ou ne permettent pas de découvrir son identité (résumés non-identificateurs). Le PGC s'est opposé à cette requête. Le juge désigné a accueilli la requête des *amici* et a conclu que l'article 18.1 permettait à la Cour fédérale d'autoriser la communication de tels résumés.

[10] Le présent appel concerne uniquement la conclusion juridique du juge désigné à l'égard de la communication de résumés en application de l'article 18.1.

III. L'ordonnance du juge désigné

[11] Comme je l'ai mentionné, le juge désigné a conclu que l'article 18.1 permet la communication de résumés, dans le cadre d'une instance civile, qui ne communiquent pas l'identité d'une source humaine ou qui ne permettent pas de découvrir son identité.

[12] Ce faisant, le juge désigné a rappelé que le privilège relatif aux sources humaines comme le prévoit l'article 18.1 a pour objet de protéger la vie et la sécurité des sources humaines en préservant la confidentialité de leur identité. Bien que le juge désigné ait conclu, qu'à première vue, l'interdiction de communication d'informations identificatrices est absolue, il a souligné l'importance d'interpréter la Loi sur le SCRS dans son ensemble (aux paragraphes 18, 19 et 44). S'appuyant sur le libellé du paragraphe 18.1(2), il était d'avis que le privilège relatif à la source humaine n'est pas véritablement un privilège absolu, car l'interdiction de communication ne s'applique que lorsque l'on demande la communication d'informations dans le cadre d'une instance devant une cour ou un tribunal et, par conséquent, elle « ne s'étend pas aux communications que fait le Service à d'autres fins » (aux paragraphes 43 et 44).

[13] The Designated Judge compared section 18.1 to other legislative schemes that, unlike section 18.1, explicitly provide for the issuance of summaries, such as section 38 of the CEA (at paragraphs 45–47). On this basis, the Designated Judge concluded that, contrary to other legislative schemes, both section 18.1 [of the CSIS Act] and section 38 of the CEA extend to proceedings before other tribunals or courts. He was of the view that the disclosure of such summaries may be more critical in providing such “external courts” with “as much information as possible to ensure an appropriate outcome” (at paragraph 47). The Designated Judge was further of the view that such an interpretation of section 18.1 was in the interests of justice and not contrary to the purpose of the CSIS Act.

[14] The Designated Judge accordingly found that it was open to interpret section 18.1 in such a way as to preserve the legislative intent of Parliament to protect the identities of human sources while nonetheless permitting disclosure of summaries of information to aid trial courts, in the context of civil proceedings, as long as such summaries are non-identifying:

... the Court may authorize the disclosure of information that is derived, extracted, described and/or summarized from information protected by s 18.1 where an application is made to a judge pursuant to paragraph 18.1(4)(a) of the *CSIS Act* and the judge determines that it is not information that discloses the identity of a human source or from which the identity of a human source could be inferred.

(Designated Judge’s decision, at paragraph 52.)

IV. Issue

[15] There is only one issue in this appeal: Did the Designated Judge correctly interpret section 18.1 of the CSIS Act in finding that it allows a designated judge of the Federal Court to issue summaries in the context of civil proceedings?

V. Standard of Review

[16] In the present case, the Designated Judge was seized with a motion to provide an interpretation with respect to

[13] Le juge désigné a comparé l’article 18.1 à d’autres régimes législatifs qui, contrairement à l’article 18.1, prévoient explicitement la communication de résumés, comme l’article 38 de la LPC (aux paragraphes 45 à 47). Par conséquent, le juge désigné a conclu que, contrairement à d’autres régimes législatifs, tant l’article 18.1 [de la Loi sur le SCRS] que l’article 38 de la LPC s’étendent aux instances devant d’autres tribunaux ou cours. Il était d’avis que la communication de ces résumés peut être d’une importance cruciale pour fournir à ces « cours de justice externes » le « maximum d’informations possible de façon à garantir une issue appropriée » (au paragraphe 47). Le juge désigné était en outre d’avis qu’une telle interprétation de l’article 18.1 favorisait l’intérêt de la justice et n’était pas contraire à l’objet de la Loi sur le SCRS.

[14] Le juge désigné a donc conclu qu’il était loisible d’interpréter l’article 18.1 de manière à préserver l’intention du législateur de protéger l’identité des sources humaines tout en permettant néanmoins la communication de résumés d’informations pour aider les tribunaux de première instance, dans le contexte des instances civiles, tant que ces résumés sont non-identificateurs :

... la Cour peut autoriser la communication d’informations qui sont tirées d’informations protégées par l’article 18.1 ou décrites ou résumées à partir de celles-ci dans les cas où une demande est soumise à un juge en vertu de l’alinéa 18.1(4)a) de la Loi sur le SCRS et où ce juge décide qu’il ne s’agit pas d’informations qui communiquent l’identité d’une source humaine ou qui permettraient de découvrir cette identité.

(Décision du juge désigné, au paragraphe 52.)

IV. Question en litige

[15] Il n’y a qu’une seule question en litige dans le présent appel : le juge désigné a-t-il correctement interprété l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS en concluant qu’il permet à un juge désigné de la Cour fédérale de communiquer des résumés dans le cadre d’instances civiles?

V. Norme de contrôle

[16] En l’espèce, le juge désigné était saisi d’une requête visant à donner une interprétation relativement à

section 18.1. This is a question of law, and as such, the standard of review applicable is correctness (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235).

VI. Legislation

[17] The relevant sections of the CSIS Act under consideration in this appeal are the following:

Definitions

2 In this Act,

...

human source means an individual who, after having received a promise of confidentiality, has provided, provides or is likely to provide information to the Service; (*source humaine*)

...

Purpose of section — human sources

18.1 (1) The purpose of this section is to ensure that the identity of human sources is kept confidential in order to protect their life and security and to encourage individuals to provide information to the Service.

Prohibition on disclosure

(2) Subject to subsections (3) and (8), no person shall, in a proceeding before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information, disclose the identity of a human source or any information from which the identity of a human source could be inferred.

Exception — consent

(3) The identity of a human source or information from which the identity of a human source could be inferred may be disclosed in a proceeding referred to in subsection (2) if the human source and the Director consent to the disclosure of that information.

Application to judge

(4) A party to a proceeding referred to in subsection (2), an *amicus curiae* who is appointed in respect of the proceeding or a person who is appointed to act as a special advocate if the proceeding is under the *Immigration and Refugee Protection Act* may apply to a judge for one of the following orders if it is relevant to the proceeding:

l'article 18.1. Il s'agit d'une question de droit et, à ce titre, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235).

VI. Texte législatif

[17] Les articles pertinents de la Loi sur le SCRS examinés dans le présent appel sont les suivants :

Définitions

2 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

source humaine Personne physique qui a reçu une promesse d'anonymat et qui, par la suite, a fourni, fournit ou pourrait vraisemblablement fournir des informations au Service. (*human source*)

[...]

Objet de l'article — sources humaines

18.1 (1) Le présent article vise à préserver l'anonymat des sources humaines afin de protéger leur vie et leur sécurité et d'encourager les personnes physiques à fournir des informations au Service.

Interdiction de communication

(2) Sous réserve des paragraphes (3) et (8), dans une instance devant un tribunal, un organisme ou une personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production d'informations, nul ne peut communiquer l'identité d'une source humaine ou toute information qui permettrait de découvrir cette identité.

Exception — consentement

(3) L'identité d'une source humaine ou une information qui permettrait de découvrir cette identité peut être communiquée dans une instance visée au paragraphe (2) si la source humaine et le directeur y consentent.

Demande à un juge

(4) La partie à une instance visée au paragraphe (2), l'*amicus curiae* nommé dans cette instance ou l'avocat spécial nommé sous le régime de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* peut demander à un juge de déclarer, par ordonnance, si une telle déclaration est pertinente dans l'instance :

(a) an order declaring that an individual is not a human source or that information is not information from which the identity of a human source could be inferred; or

(b) if the proceeding is a prosecution of an offence, an order declaring that the disclosure of the identity of a human source or information from which the identity of a human source could be inferred is essential to establish the accused's innocence and that it may be disclosed in the proceeding.

...

Order — disclosure to establish innocence

(8) If the judge grants an application made under paragraph (4)(b), the judge may order the disclosure that the judge considers appropriate subject to any conditions that the judge specifies.

Effective date of order

(9) If the judge grants an application made under subsection (4), any order made by the judge does not take effect until the time provided to appeal the order has expired or, if the order is appealed and is confirmed, until either the time provided to appeal the judgement confirming the order has expired or all rights of appeal have been exhausted.

VII. Analysis

A. *Section 18.1 of the CSIS Act*

[18] Section 18.1 was enacted in response to the Supreme Court of Canada's decision in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33 (*Harkat*). In *Harkat*, the Supreme Court held that the common law police informer privilege does not extend to CSIS human sources.

[19] Since its enactment, section 18.1 has been judicially considered in three instances. First, in *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2016 FCA 195, [2017] 2 F.C.R. 44 (*Almalki*), our Court determined that section 18.1 creates an absolute class privilege to the benefit of individuals with the status of "human source", whether acquired before or after section 18.1 came into force. Second, in *X (Re)*, 2017 FC 136, [2017] 4 F.C.R.

a) qu'une personne physique n'est pas une source humaine ou qu'une information ne permettrait pas de découvrir l'identité d'une source humaine;

b) dans le cas où l'instance est une poursuite pour infraction, que la communication de l'identité d'une source humaine ou d'une information qui permettrait de découvrir cette identité est essentielle pour établir l'innocence de l'accusé et que cette communication peut être faite dans la poursuite.

[...]

Ordonnance de communication pour établir l'innocence

(8) Si le juge accueille la demande présentée au titre de l'alinéa (4)b), il peut ordonner la communication qu'il estime indiquée sous réserve des conditions qu'il précise.

Prise d'effet de l'ordonnance

(9) Si la demande présentée au titre du paragraphe (4) est accueillie, l'ordonnance prend effet après l'expiration du délai prévu pour en appeler ou, en cas d'appel, après sa confirmation et l'épuisement des recours en appel.

VII. Discussion

A. *Article 18.1 de la Loi sur le SCRS*

[18] L'article 18.1 a été adopté après que la Cour suprême du Canada eut rendu l'arrêt intitulé *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33 (arrêt *Harkat*). Dans l'arrêt *Harkat*, la Cour suprême a conclu que le privilège de common law relatif aux indicateurs de police ne s'étend pas aux sources humaines du SCRS.

[19] Depuis son adoption, l'article 18.1 a fait l'objet d'un examen judiciaire dans trois jugements. Premièrement, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2016 CAF 195, [2017] 2 R.C.F. 44 (arrêt *Almalki*), notre Cour a conclu que l'article 18.1 crée un privilège générique absolu au profit des personnes ayant le statut de « sources humaines », qu'il ait été acquis avant ou après l'entrée en vigueur de l'article 18.1. Deuxièmement, dans la décision

391 (*X (Re)*) the Federal Court (Noël J.) found that the class privilege provided for in section 18.1 is not applicable to designated judges. Designated judges are therefore not barred from seeing information protected under that provision. Finally, in *Section 18.1 of the Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C. 1985, c. C-23, as amended (Re)*, 2018 FCA 161, [2019] 2 F.C.R. 333 (*Re Section 18.1 of the CSIS Act*) our Court held that an order for disclosure of information protected by section 18.1 cannot be made by a court of its own motion. An application has to be brought under subsection 18.1(4).

[20] At issue in the present appeal is the interpretation of section 18.1 and, more particularly, whether it allows for the issuance of summaries, even non-identifying ones. This issue must be resolved by applying the principles of statutory interpretation. The proper approach is what has been described as the unified textual, contextual and purposive approach: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, 154 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 21; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10; *Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289, at paragraph 23; *Bayer Cropscience LP v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 77, 155 C.P.R. (4th) 99, at paragraph 67. Consistent with this approach, “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed., 1983), at page 87). This approach must be kept in mind in addressing the submissions of the AGC and the *amici* (*Re Section 18.1 of the CSIS Act*).

[21] Both the AGC and the *amici* agree, as they must, that section 18.1 creates an absolute class privilege for CSIS human sources (*Almalki*, at paragraphs 38–39). However, the AGC and the *amici* disagree on the issue of whether summaries of privileged information are allowed under section 18.1 or whether such summaries would amount to an exception to the class privilege. The Designated Judge conceded that “on a plain reading of

X (Re), 2017 CF 136, [2017] 4 R.C.F. 391 (décision *X (Re)*) la Cour fédérale (le juge Noël) a conclu que le privilège générique prévu à l’article 18.1 ne s’applique pas aux juges désignés. Il n’est donc pas interdit aux juges désignés de voir les informations protégées par cette disposition. Enfin, dans l’arrêt *Article 18.1 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. 1985, ch. C-23, telle que modifiée (Re)*, 2018 CAF 161, [2019] 2 R.C.F. 333 (arrêt *Article 18.1 de la Loi sur le SCRS Re*), notre Cour a conclu qu’une cour de justice ne peut rendre, de son propre chef, une ordonnance de communication d’informations protégées par l’article 18.1. Une demande doit être présentée au titre du paragraphe 18.1(4).

[20] La question en litige dans le présent appel est l’interprétation de l’article 18.1 et, plus précisément, la question est de savoir s’il permet la communication de résumés, même non identificateurs. Cette question doit être tranchée en appliquant les principes d’interprétation des lois. L’approche adéquate à adopter est celle qui a été énoncée comme la méthode textuelle, contextuelle et téléologique unifiée : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, 1998 CanLII 837, au paragraphe 21; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10; *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289, au paragraphe 23; *Bayer Cropscience LP c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 77, au paragraphe 67. Selon cette méthode, il faut [TRADUCTION] « lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd., 1983), à la page 87). Il convient de garder cette méthode à l’esprit en ce qui concerne les observations du procureur général et des *amici* (arrêt *Article 18.1 de la Loi sur le SCRS Re*).

[21] Le PGC et les *amici* reconnaissent, comme il se doit, que cet article crée un privilège générique absolu pour les sources humaines du SCRS (arrêt *Almalki*, aux paragraphes 38 et 39). Cependant, le PGC et les *amici* ne s’entendent pas sur la question de savoir si les résumés d’informations privilégiées sont autorisés en application de l’article 18.1 ou si de tels résumés équivaldraient à une exception au privilège générique. Le juge désigné a

the statute ... the Court may not authorize the issuance of a summary that would identify a human source”. In his view, the “more problematic” issue arises when “the Court is considering whether the identity of a human source ‘could be inferred’ from redacted information which is claimed to be ‘identifying information’” (Designated Judge’s decision, at paragraphs 19–20).

[22] In this regard, the AGC submits that the CSIS Act does not provide jurisdiction to issue summaries, even non-identifying ones, unless it makes express reference to “summaries”, which is not the case under section 18.1. The Designated Judge, it is argued, erred when he found that the Federal Court may authorize, in the context of civil proceedings, the issuance of non-identifying summaries that may be “derived, extracted, described and/or summarized from information protected under s. 18.1 *CSIS Act*” (Memorandum of Fact and Law of the AGC, at paragraph 11).

[23] For their part, the *amici* do not question the importance of ensuring that the identity of a human source remains confidential but insist that, in requesting summaries, they seek nothing beyond what the law permits, which is disclosure of information that would not directly or indirectly identify a human source. In other words, they seek, to the extent possible, summaries that would convey the tenor of the redacted information without revealing potentially identifying details. Such information, the *amici* contend, is not covered by the privilege and its disclosure under paragraph 18.1(4)(a) is not prohibited as it falls outside the ambit of subsection 18.1(2) of the CSIS Act (Memorandum of Fact and Law of the *Amici Curiae*, at paragraphs 15, 31, 32, 36 and 37).

[24] It is recalled that the purpose of the class privilege provided for at section 18.1 is to ensure that “the identity of human sources is kept confidential in order to protect their life and security and to encourage individuals to provide information to the Service” (subsection 18.1(1)). Indeed, information protected by section 18.1 is exceptionally

reconnu qu’il ressort d’« une simple lecture de la loi que la Cour ne peut pas autoriser la communication d’un résumé qui identifierait une source humaine ». À son avis, la question qui est « plus problématique » est soulevée lorsque « la Cour examine si une information expurgée qui, est-il allégué, constitue une information dite identificatrice “permettrait de découvrir” l’identité d’une source humaine » (décision du juge désigné, aux paragraphes 19 et 20).

[22] À cet égard, le PGC soutient que la Loi sur le SCRS ne confère pas de compétence pour communiquer des résumés, même non-identificateurs, à moins qu’elle ne fasse expressément mention des « résumés », ce qui n’est pas le cas en ce qui concerne l’article 18.1. Le juge désigné, soutient-on, a commis une erreur en concluant que la Cour fédérale peut autoriser, dans le cadre d’une instance civile, la communication de résumés non-identificateurs qui peuvent être [TRADUCTION] « tirés d’informations protégées par l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS ou décrites ou résumées à partir de celles-ci » (mémoire des faits et du droit du PGC, au paragraphe 11).

[23] Pour leur part, les *amici* ne remettent pas en cause l’importance de garantir que l’identité d’une source humaine demeure confidentielle, mais insistent sur le fait qu’en demandant des résumés, ils ne demandent rien au-delà de ce qui est permis par la loi, soit la communication d’informations qui n’identifieraient pas directement ou indirectement une source humaine. En d’autres termes, ils recherchent, dans la mesure du possible, des résumés qui transmettraient la teneur des informations expurgées sans révéler de détails potentiellement identificateurs. Selon les *amici*, ces informations ne sont pas visées par le privilège et leur communication en application de l’alinéa 18.1(4)a) n’est pas interdite puisqu’elle se situe en dehors du champ du paragraphe 18.1(2) de la Loi sur le SCRS (mémoire des faits et du droit des *amici curiae*, aux paragraphes 15, 31, 32, 36 et 37).

[24] Il convient de rappeler que l’objet du privilège générique prévu à l’article 18.1 est de « préserver l’anonymat des sources humaines afin de protéger leur vie et leur sécurité et d’encourager les personnes physiques à fournir des informations au Service » (paragraphe 18.1(1)). En effet, les informations protégées par l’article 18.1 sont de

sensitive in nature and the risks posed by its disclosure can be fatal to a human source. It follows that the spectre of inadvertent disclosure of such sensitive information cannot be underestimated and courts have repeatedly emphasized that the smallest disclosed detail can be sufficient to reveal the identity of an informer (*R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, 143 D.L.R. (4th) 38, at paragraphs 18 and 28; *R. v. Pilbeam*, 2018 MBCA 128 (CanLII), 369 C.C.C. (3d) 437, at paragraph 33; *R. v. McKay*, 2016 BCCA 391, 342 C.C.C. (3d) 58, at paragraph 152). Parliament was patently aware of the risks associated with disclosure of human source information and the importance of its protection when it urgently introduced Bill C-44 (*An Act to amend the Canadian Security Intelligence Service Act and other Acts*), just a few months following the decision of the Supreme Court of Canada in *Harkat*.

[25] A human source is defined at section 2 of the CSIS Act and means “an individual who, after having received a promise of confidentiality, has provided, provides or is likely to provide information to the Service”. The privilege can be waived if the human source and the Director both consent to the disclosure of the source’s identity (subsection 18.1(3) CSIS Act).

[26] Under subsection 18.1(2), the disclosure of information subject to privilege is prohibited. Furthermore, if the information is found by the Designated Judge not to be subject to privilege, its disclosure can be ordered (at paragraph 18.1(4)(a)). Also, if the proceeding is a prosecution of an offence, the information is subject to privilege but can be disclosed, with conditions, in order to establish the innocence of the accused (at paragraph 18.1(4)(b) and subsection 18.1(8)).

[27] In summary, Parliament’s intention was clear when it adopted section 18.1: a designated judge seized of an application under this provision can either (i) prohibit the disclosure of the privileged information; (ii) order the disclosure of the information, if it is not subject to privilege; and, (iii) in the context of a criminal prosecution, the information remains subject to privilege but can be disclosed, with conditions, in order to establish the innocence

nature exceptionnellement sensible et les risques posés par leur communication peuvent être fatals à une source humaine. Il s’ensuit que le spectre de la communication accidentelle de telles informations sensibles ne peut être sous-estimé et les tribunaux ont souligné à maintes reprises que même les détails les plus infimes peuvent permettre d’identifier un indicateur (*R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, aux paragraphes 18 et 28; *R. v. Pilbeam*, 2018 MBCA 128 (CanLII), 369 C.C.C. (3d) 437, au paragraphe 33; *R. v. McKay*, 2016 BCCA 391, 342 C.C.C. (3d) 58, au paragraphe 152). Le législateur était manifestement conscient des risques associés à la communication d’information de source humaine et de l’importance de sa protection lorsqu’il a déposé de façon urgente le projet de loi C-44 (*Loi modifiant la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité et d’autres lois*), quelques mois seulement après que la Cour suprême du Canada eut rendu l’arrêt *Harkat*.

[25] Une source humaine est définie à l’article 2 de la Loi sur le SCRS et désigne une « personne physique qui a reçu une promesse d’anonymat et qui, par la suite, a fourni, fournit ou pourrait vraisemblablement fournir des informations au Service ». Le privilège peut être levé si la source humaine et le directeur consentent tous les deux à la communication de l’identité de la source (paragraphe 18.1(3) de la Loi sur le SCRS).

[26] Selon le paragraphe 18.1(2), la communication d’informations protégées par le privilège est interdite. En outre, si le juge désigné conclut que l’information n’est pas assujettie au privilège, il peut en ordonner sa communication (alinéa 18.1(4)a)). De plus, si l’instance est une poursuite pour une infraction, l’information est assujettie au privilège, mais peut être communiquée, à certaines conditions, pour établir l’innocence de l’accusé (alinéa 18.1(4)b) et paragraphe 18.1(8)).

[27] En résumé, l’intention du législateur était claire lorsqu’il a adopté l’article 18.1 : un juge désigné saisi d’une demande en application de cette disposition peut soit (i) interdire la communication de l’information privilégiée; (ii) ordonner la communication de l’information, si elle n’est pas assujettie au privilège; et, (iii) dans le cadre d’une poursuite criminelle, l’information demeure sujette au privilège, mais peut être communiquée, à certaines

of the accused. The language used by Parliament with respect to section 18.1 is clear and consistent with its intent and purpose—that is, to ensure that the identity of a human source is kept confidential in order to protect their life and security. Indeed, absent solid guarantees with respect to confidentiality, not many people would accept to serve as a human source for the Service (Legislative Summary of Bill C-44, Library of Parliament, 2014).

[28] Significantly, section 18.1 was intended to be more restrictive than section 38 of the CEA (*Re Section 18.1 of the CSIS Act*, at paragraph 37). Our Court in *Almalki* explicitly confirmed that section 18.1 no longer allows the application of section 38 of the CEA which offered a more liberal application of the privilege as it included a balancing of public interests:

Thus, when one considers the historical context and the legislative evolution of section 38 of the CEA and of section 18.1 of the CSIS Act, it is evident that the new provision [section 18.1] deprives the respondents of the benefit of the more liberal version of the privilege set out in section 38 of the CEA pursuant to which the question of the identity of sources and information tending to identify them was dealt with up until now.

(*Almalki*, at paragraph 60.)

[29] It follows that if Parliament had intended to allow a designated judge to issue summaries of information under section 18.1, akin to the ones contemplated in section 38 of the CEA, I am of the opinion that it would have expressly mentioned it in the CSIS Act. Yet, it chose not to.

[30] I note that the *amici* argue that the absence of an express reference to “summaries” at paragraph 18.1(4)(a), rather than the non-identifying nature of the information, is not, in and of itself, determinative. In support of their position, the *amici* contend that the AGC in this case advances a view that is in fact contrary to what it has argued in a prior case. Specifically, the *amici* refer to the decision in *X (Re)*, at paragraph 18. The AGC, in that case, responding to an argument that section 18.1 was constitutionally rigid, submitted that section 18.1 “does not

conditions, afin d’établir l’innocence de l’accusé. Le libellé utilisé par le législateur à l’égard de l’article 18.1 est clair et conforme à son intention et à son objet, c’est-à-dire préserver l’anonymat des sources humaines afin de protéger leur vie et leur sécurité. En effet, en l’absence de garanties solides en matière de confidentialité, peu de personnes accepteraient de devenir une source humaine pour le Service (Résumé législatif du projet de loi C-44, Bibliothèque du Parlement, 2014).

[28] Notamment, l’article 18.1 était conçu pour être plus restrictif que l’article 38 de la LPC (arrêt *Article 18.1 de la Loi sur le SCRS Re*, au paragraphe 37). Dans l’arrêt *Almalki*, notre Cour a explicitement confirmé que l’article 18.1 ne permet plus l’application de l’article 38 de la LPC qui permettait une application plus libérale du privilège, car il comprenait une mise en balance de l’intérêt public :

Ainsi, lorsqu’on examine le contexte historique et l’évolution législative de l’article 38 de la LPC et de l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS, il ne fait aucun doute que la nouvelle disposition prive les intimés du bénéfice de la version plus libérale du privilège découlant de l’application de l’article 38 de la LPC, qui régissait la question de l’identité des sources et des informations qui tendraient à découvrir leur identité jusqu’à présent.

(Arrêt *Almalki*, au paragraphe 60.)

[29] Il s’ensuit que, si le législateur avait eu l’intention de permettre à un juge désigné de communiquer des résumés d’informations en application de l’article 18.1, semblables à ceux visés à l’article 38 de la LPC, je suis d’avis qu’il l’aurait expressément mentionné dans la Loi sur le SCRS. Cependant, il a choisi de ne pas le faire.

[30] Je souligne que les *amici* soutiennent que l’absence d’une mention expresse des « résumés » au paragraphe 18.1(4)(a), plutôt que la nature non identificatrice des informations, n’est pas, en soi, déterminante. Pour appuyer leur thèse, les *amici* soutiennent que le PGC en l’espèce fait valoir un point de vue qui est en fait contraire à ce qu’il a soutenu dans un litige antérieur. Plus précisément, les *amici* renvoient au paragraphe 18 de la décision *X (Re)*. Le PGC, dans ce litige, répondant à un argument selon lequel l’article 18.1 était inconstitutionnellement

prevent the issuance of summaries of the information that do not identify the source”. The *amici* therefore submit that the AGC’s position in this appeal is not only contradictory but amounts to “180-degree reversal” and this Court should take note of it as no explanation was provided in the AGC’s Memorandum of Fact and Law with respect to this “volte-face”.

[31] While this might be the case, it is within the purview and discretion of a party to change positions for a variety of reasons that arise in the context of specific litigation and a party assumes the inherent risks and consequences that may be incurred in other files pursuant to a change of position. During the hearing before this Court, counsel for the AGC explained that the argument advanced in *X (Re)* was provided during oral argument in response to a question by a designated judge. Counsel for the AGC did not attempt to justify the position taken in *X (Re)* from the one before this Court and merely admitted that the argument put forth in the present case indeed represents a reversal of position from the one argued in *X (Re)*, but that its former position must be viewed in its proper context. Indeed, the previous position advanced by the AGC on the availability of summaries under section 18.1 was only noted and not endorsed by the Federal Court in *X (Re)* as the constitutionality of section 18.1 was not at stake. In any event, the *amici* acknowledged the AGC’s new position and further, the AGC’s new position, which marks a departure from his former position, has no bearing in the present case.

B. *The bifurcation schemes contemplated in section 18.1 of the CSIS Act and section 38 of the CEA*

[32] At this juncture, it is recalled that both section 18.1, on the one hand, and section 38 of the CEA, on the other, include a bifurcation scheme based on a division of responsibilities between the Federal Court and other courts of the provinces in certain matters. Specifically, in *R. v. Ahmad*, 2011 SCC 6, [2011] 1 S.C.R. 110, the Supreme Court of Canada confirmed that the existence of such a “two-court system” is constitutionally valid.

rigide, a soutenu que l’article 18.1 « n’interdit pas la production de résumés des informations qui n’établissent pas l’identité de la source ». Les *amici* soutiennent donc que la thèse du PGC dans le présent appel est non seulement contradictoire, mais équivaut à un « demi-tour de 180 degrés » et que la Cour devrait en prendre note, car aucune explication n’a été fournie dans le mémoire des faits et du droit du PGC à l’égard de ce « volte-face ».

[31] Bien que cela puisse être le cas, il est du ressort et de la discrétion d’une partie de changer de thèse pour divers motifs qui sont invoqués dans le contexte d’un contentieux précis et une partie assume les risques et les conséquences inhérents qui peuvent en découler dans d’autres dossiers à la suite d’un changement de thèse. Lors de l’audience devant notre Cour, l’avocat du PGC a expliqué que l’argument avancé dans la décision *X (Re)* a été donné lors d’une plaidoirie en réponse à une question d’un juge désigné. L’avocat du PGC n’a pas tenté de justifier la thèse adoptée dans la décision *X (Re)* par rapport à celle devant notre Cour et a simplement reconnu que l’argument avancé en l’espèce représente bien un revirement de thèse par rapport à celle soutenue dans la décision *X (Re)*, mais que sa thèse antérieure doit être examinée dans son contexte. En effet, la thèse antérieure avancée par le PGC sur la disponibilité des résumés en application de l’article 18.1 a seulement été soulignée et non avalisée par la Cour fédérale dans la décision *X (Re)* puisque la constitutionnalité de l’article 18.1 n’était pas en cause. En tout état de cause, les *amici* ont reconnu la nouvelle thèse du PGC et, de plus, la nouvelle thèse du PGC, qui marque une rupture avec sa thèse antérieure, n’a aucune incidence en l’espèce.

B. *Les régimes dualistes de l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS et l’article 38 de la LPC*

[32] À ce stade, il convient de rappeler que tant l’article 18.1, d’une part, que l’article 38 de la LPC, d’autre part, comportent un régime dualiste fondé sur une division des responsabilités entre la Cour fédérale et les autres tribunaux des provinces dans certains litiges. Plus précisément, dans l’arrêt *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110, la Cour suprême a confirmé que l’existence d’un tel « régime dualiste » est constitutionnelle.

[33] In the present case, the Designated Judge supported his finding regarding section 18.1 on the operation of the bifurcation scheme in both section 18.1 and section 38 of the CEA. The Designated Judge reasoned that if section 38 of the CEA contemplates a bifurcation scheme and allows for summaries, the bifurcation scheme in section 18.1 must, in the same way, permit the issuance of summaries.

[34] In making this finding, the Designated Judge first noted that section 38 of the CEA, more specifically subsection 38.06(2), expressly empowers a designated judge to authorize disclosure of information in the form of summaries. He also quite rightly observed that there “is no similar provision in CSIS Act s 18.1” akin to the ones in the CEA (Designated Judge’s decision, at paragraph 14). Yet, the Designated Judge nonetheless made the following assumption regarding the impact of bifurcation under section 18.1, on the one hand, and section 38 of the CEA, on the other: because both provisions extend to proceedings before other tribunals or courts—here the Superior Court of Ontario—the bifurcation process under both provisions should be interpreted in the same manner. In other words, according to the Designated Judge, section 18.1 should operate like section 38 of the CEA and allow for summaries:

.... In my view, the fact that these two schemes extend the Court’s jurisdiction to external courts, including the provincial superior trial courts which otherwise have unfettered authority to compel disclosure, means that summaries may be more critical in providing those courts as much information as possible to ensure an appropriate outcome.

(Designated Judge’s decision, at paragraph 47.)

[35] I am of the view that the Designated Judge erred in making that assumption. As noted by the AGC, the Designated Judge’s assumption and reasoning not only ignore the words of section 18.1 but could also result in an import of the balancing test between the usefulness of the information and the public interest contemplated at section 38 of the CEA, into section 18.1. To do so is improper given our Court’s finding that section 18.1 in

[33] En l’espèce, le juge désigné a appuyé sa conclusion relative à l’article 18.1 sur l’application du régime dualiste tant à l’article 18.1 qu’à l’article 38 de la LPC. Le juge désigné a estimé que, si l’article 38 de la LPC envisage un régime dualiste et autorise la communication de résumés, le régime dualiste prévu à l’article 18.1 doit, de la même manière, autoriser la communication de résumés.

[34] En tirant cette conclusion, le juge désigné a d’abord souligné que l’article 38 de la LPC, plus précisément le paragraphe 38.06(2), habilite expressément un juge désigné à autoriser la divulgation de renseignements sous la forme de résumés. Il a également fait remarquer, à juste titre, qu’« il n’existe aucune disposition semblable à l’article 18.1 dans la Loi sur le SCRS » comparable à celles de la LPC (décision du juge désigné, au paragraphe 14). Pourtant, le juge désigné a tout de même formulé l’hypothèse suivante quant à l’effet de la dualité de l’article 18.1, d’une part, et de l’article 38 de la LPC, d’autre part : parce que les deux dispositions s’étendent aux instances devant d’autres tribunaux ou cours, en l’espèce devant la Cour supérieure de l’Ontario, le processus bifurqué des dispositions doit être interprété de la même manière. En d’autres termes, selon le juge désigné, l’article 18.1 devrait être appliqué comme l’article 38 de la LPC et autoriser la communication de résumés :

... À mon avis, le fait que ces deux régimes étendent la compétence de la Cour à des cours de justice externes, notamment les cours supérieures provinciales qui, en d’autres circonstances, ont le pouvoir absolu de forcer la communication, signifie que les résumés peuvent être d’une importance plus cruciale en ce sens qu’ils procurent à ces tribunaux le maximum d’informations possible de façon à garantir une issue appropriée.

(Décision du juge désigné, au paragraphe 47.)

[35] Je suis d’avis que le juge désigné a commis une erreur en formulant cette hypothèse. Comme l’a fait valoir le PGC, l’hypothèse et le raisonnement du juge désigné non seulement font fi des mots de l’article 18.1, mais pourraient également entraîner une importation, à l’article 18.1, de l’analyse de mise en balance entre l’utilité de l’information et l’intérêt public envisagés à l’article 38 de la LPC. Cette façon de faire est inappropriée vu la

fact “deprives the respondents of the benefit of the more liberal version of the privilege set out in section 38 of the CEA” (*Almalki*, at paragraph 60).

C. Section 18.1 compared to other legislative schemes

[36] The intention of Parliament not to allow a designated judge to issue summaries in the context of section 18.1 is further supported by the fact that, when Parliament contemplates such summaries in legislation, in the context of national security, it does so expressly: for example, IRPA, at paragraph 83(1)(e); *Prevention of Terrorist Travel Act*, S.C. 2015, c. 36, s. 42, subsections 4(c) and 6(c); *Secure Air Travel Act*, S.C. 2015, c. 20, s. 11, paragraph 16(c) (the legislative schemes). In the present case, the Designated Judge was cognizant of the express language provided for in several legislative schemes regarding the issuance of summaries. The Designated Judge nonetheless attempted to understate the express references to “summaries” in these legislative schemes by restricting his analysis to a comparison with section 38 of the CEA and the “few steps”, in the words of the Designated Judge, which it contemplates:

... first it [section 38 CEA] requires a preliminary determination of relevance of the information to the underlying proceedings. Second, there must be a finding of injury to national security, defence or international relations if the information is disclosed. The presiding judge may then consider whether the public interest in disclosure outweighs that of non-disclosure. The Court may order, subject to conditions, the release of the information in whole or in part or in the form of a summary or written admission of facts.

(Designated Judge’s Decision, at paragraph 46.)

[37] On this basis, the Designated Judge distinguished the various other legislative schemes—which include express references to summaries—by finding that such summaries are of a different nature than those contemplated in section 38 of the CEA. He found that they do not contain sensitive information and they all involve “either

conclusion de notre Cour selon laquelle l’article 18.1 « prive les intimés du bénéfice de la version plus libérale du privilège découlant de l’application de l’article 38 de la LPC » (arrêt *Almalki*, au paragraphe 60).

C. Article 18.1 comparé à d’autres régimes législatifs

[36] L’intention du législateur de ne pas permettre à un juge désigné de communiquer des résumés dans le contexte de l’article 18.1 est également étayée par le fait que, lorsque le législateur envisage la communication de tels résumés dans une loi, dans le contexte de la sécurité nationale, il le fait expressément : par exemple, LIPR, à l’alinéa 83(1)e); *Loi sur la prévention des voyages de terroristes*, L.C. 2015, ch. 36, art. 42, aux alinéas 4c) et 6c); *Loi sur la sûreté des déplacements aériens*, L.C. 2015, ch. 20, art. 11, à l’alinéa 16c) (les régimes législatifs). En l’espèce, le juge désigné était conscient du libellé express prévu dans plusieurs régimes législatifs concernant la communication de résumés. Le juge désigné a néanmoins tenté de sous-estimer les mentions expresses des « résumés » dans ces régimes législatifs en limitant son analyse à une comparaison avec l’article 38 de la LPC et les « quelques mesures », selon les propos du juge désigné, qu’il envisage :

... premièrement, [il] [l’article 38 de la LPC] exige une décision préliminaire quant à la pertinence des informations pour l’instance sous-jacente. Deuxièmement, il faut avoir conclu que les informations sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales si elles sont communiquées. Le juge qui préside l’affaire peut ensuite examiner si l’intérêt public à l’égard de la communication l’emporte sur celui de la non-communication. Le tribunal peut ordonner, sous réserve de certaines conditions, que les informations soient divulguées en tout ou en partie ou sous la forme d’un résumé de celles-ci ou d’un aveu écrit des faits qui y sont liés.

(Décision du juge désigné, au paragraphe 46.)

[37] Ainsi, le juge désigné a établi une distinction entre la LPC et les différents autres régimes législatifs — qui comprennent des mentions expresses des résumés — en constatant que ces résumés sont d’une nature différente de ceux envisagés à l’article 38 de la LPC. Il a conclu qu’ils ne contiennent pas d’informations sensibles et prévoient

applications for judicial review or appeals in the Federal Court of decisions made by a Minister or other government official and govern the disclosure of information during those proceedings in the interest of fairness” (Designated Judge’s decision, at paragraph 47).

[38] I am of the view that the Designated Judge’s distinction was misplaced. Indeed, the purpose of the summaries in the other legislative schemes at issue is to inform interested parties of the case the government holds against them without disclosing sensitive information, whereas the issuance of summaries under section 38 of the CEA is conditional to a finding that the disclosure of the underlying information would be injurious to national security (subsection 38.06(2) of the CEA). This difference explains, in and of itself, the absence of the “few steps” mechanism—referred to by the Designated Judge in connection with section 38 of the CEA—in the other legislative schemes.

[39] I note that the *amici* insist that Parliament’s decision not to expressly provide for the possibilities of summaries in section 18.1 does not always mean that summaries cannot be allowed by designated judges. For instance, the *amici* refer to the IRPA, arguing that although section 87 of the IRPA, unlike section 83, does not explicitly authorize a judge to provide a summary, the Federal Court nonetheless held that it may exercise its discretion under section 87 to do so (Memorandum of Fact and Law of the *Amici Curiae*, at paragraph 43; *Karahroudi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 522, [2017] 1 F.C.R. 167, at paragraph 26; *Soltanizadeh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 114, 289 A.C.W.S. (3d) 599, at paragraph 34 (reversed, 2019 FCA 202, but not on that point)).

[40] I am unpersuaded by this argument. Contrary to section 38 of the CEA, a “non-sensitive” summary, as the one provided in the context of section 87 of the IRPA, is intended to inform the individual of the nature of the government’s case. In other words, when the Federal Court provides a “non-sensitive” summary pursuant to

tous « soit des demandes de contrôle judiciaire, soit des appels devant la Cour fédérale, relativement aux décisions prises par un ministre ou un autre haut fonctionnaire, et ils régissent la communication des informations lors de ces instances par souci d’équité » (décision du juge désigné, au paragraphe 47).

[38] Je suis d’avis que la distinction que le juge désigné a établie était mal fondée. En effet, le but de la communication de résumés dans les autres régimes législatifs en cause est d’informer les parties intéressées de la preuve du gouvernement qui pèse contre elles sans divulguer d’informations sensibles, tandis que la communication de résumés en application de l’article 38 de la LPC est subordonnée à la conclusion selon laquelle la divulgation des renseignements sous-jacents porterait préjudice à la sécurité nationale (paragraphe 38.06(2) de la LPC). Cette différence explique, à elle seule, l’absence du mécanisme des « quelques mesures » évoqué par le juge désigné à propos de l’article 38 de la LPC dans les autres régimes législatifs.

[39] Je souligne que les *amici* insistent sur le fait que la décision du législateur de ne pas prévoir expressément les possibilités de communication de résumés à l’article 18.1 ne signifie pas toujours que la communication de résumés ne peut être autorisée par des juges désignés. Par exemple, les *amici* renvoient à la LIPR, en faisant valoir que, bien que l’article 87 de la LIPR, contrairement à l’article 83, n’autorise pas explicitement un juge à fournir un résumé, la Cour fédérale a néanmoins conclu qu’elle peut exercer son pouvoir discrétionnaire en application de l’article 87 pour le faire (mémoire des faits et du droit des *Amici Curiae*, au paragraphe 43; *Karahroudi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 522, [2017] 1 R.C.F. 167, au paragraphe 26; *Soltanizadeh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 114, au paragraphe 34 (infirmée, 2019 CAF 202, mais pas sur ce point)).

[40] Cet argument ne me convainc pas. Contrairement à l’article 38 de la LPC, un résumé « non sensible », comme celui prévu dans le cadre de l’article 87 de la LIPR, vise à informer la personne physique de la nature des allégations du gouvernement. En d’autres termes, lorsque la Cour fédérale fournit un résumé « non sensible » en application

section 87, in the absence of an express provision, it does so in the interest of fairness—akin to the other legislative schemes. This argument accordingly fails as well.

D. Parliament's express exception to the section 18.1 privilege

[41] Although the prohibition on disclosure of the identity of a human source in section 18.1 is absolute, Parliament expressly envisaged one exception in the limited context of criminal proceedings. This exception can be triggered in the context of an application made to a designated judge under paragraph 18.1(4)(b) when an accused's innocence is at stake. Pursuant to subsection 18.1(8), if the designated judge grants the application, the designated judge has discretion to order a disclosure "that the judge considers appropriate subject to any conditions that the judge specifies". In my opinion, that discretion as to the form of disclosure could include the issuance of summaries.

[42] The Designated Judge interpreted the interaction between paragraph 18.1(4)(b) and subsection 18.1(8) as a "clear statement" that Parliament intended to provide the Federal Court with control regarding the manner in which information can be disclosed "even where it may be identifying" (Designated Judge's decision, at paragraph 38). Moreover, the Designated Judge dismissed the AGC's argument that summaries, including the attempt to craft non-identifying ones, could nonetheless pose a serious danger of harm and death to CSIS human sources and, as a consequence, impact the Service's ability to recruit.

[43] In support of his reasoning, the Designated Judge drew parallels with criminal proceedings. He explained that summaries of information protected by informer privilege are "carefully craft[ed]" in criminal courts without compromising the privilege. The reformulation of redacted information in a criminal context is achieved by the Crown with the assistance of the police in order to ensure that summaries do not inadvertently identify the informant (Designated Judge's decision, at paragraph 40). The Designated Judge then reasoned that, in a designated

de l'article 87, en l'absence d'une disposition expresse, elle le fait dans un souci d'équité, à l'instar des autres régimes législatifs. Cet argument ne peut pas non plus être retenu.

D. Exception expresse du législateur au privilège de l'article 18.1

[41] Bien que l'interdiction de divulguer l'identité d'une source humaine à l'article 18.1 soit absolue, le législateur a expressément envisagé une exception dans le cadre restreint des instances criminelles. Cette exception peut s'appliquer dans le contexte d'une demande présentée à un juge désigné au titre de l'alinéa 18.1(4)b lorsque l'innocence d'un accusé est en jeu. En vertu du paragraphe 18.1(8), si le juge désigné accueille la demande, il a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la communication « qu'il estime indiquée sous réserve des conditions qu'il précise ». À mon avis, ce pouvoir discrétionnaire quant à la forme de communication pourrait inclure la communication de résumés.

[42] Le juge désigné a interprété l'interaction entre l'alinéa 18.1(4)b et le paragraphe 18.1(8) comme un « énoncé clair » de l'intention du législateur de donner à la Cour fédérale le contrôle de la manière dont les informations peuvent être communiquées « même si elles sont susceptibles d'identifier la source » (décision du juge désigné, au paragraphe 38). De plus, le juge désigné a rejeté l'argument du PGC selon lequel les résumés, y compris la tentative pour ébaucher des résumés non-identificateurs, pourraient néanmoins poser aux sources humaines du SCRS un sérieux risque de préjudice ou de mort et, par conséquent, avoir une incidence sur la capacité du Service à recruter.

[43] Pour appuyer son raisonnement, le juge désigné a établi des parallèles avec les instances criminelles. Il a expliqué que les résumés d'informations protégées par le privilège de l'indicateur sont « ébauch[és] avec soins » par les tribunaux criminels sans nuire au privilège. La reformulation des informations expurgées dans un contexte criminel est réalisée par la Couronne avec l'aide de la police afin de garantir que les résumés n'identifient pas accidentellement l'indicateur (décision du juge désigné, au paragraphe 40). Le juge désigné a ensuite conclu que,

proceeding, counsel for the AGC, with the assistance of members of CSIS and the *amici*, could achieve the same result and provide the Federal Court with carefully crafted non-identifying summaries, thus minimizing the risk of inadvertent disclosure (Designated Judge's decision, at paragraph 40). The *amici* submit that the Designated Judge was correct to refer to the experience of criminal courts in cases involving informer privilege in support of his interpretation of section 18.1. They further contend that the use of informer privilege summaries in criminal proceedings demonstrates that the risk of inadvertent disclosure of a human source is "manageable".

[44] With respect, I am of the view that the Designated Judge's comparison with criminal proceedings is again misplaced: the summaries in criminal courts referred to by the Designated Judge are provided when the right of an accused to make full answer and defence is engaged. This is not the case in the present matter. There are meaningful differences in the kinds of fairness interests engaged in civil and criminal proceedings, and the principles applicable in the latter should not be simply transferred into the former. In the present case, the proceeding is civil and the right to disclosure is limited by section 18.1 and must give way to the privilege contemplated by Parliament. The Designated Judge's comparison must accordingly be rejected.

[45] In this regard, I recall that pursuant to section 18.1, when an underlying procedure is civil in nature, like the one in the present case, "the only remedies available to a party filing an application under section 18.1 are a declaration that (1) an individual is not a human source, and (2) information is not information from which the identity of a human source could be inferred" (paragraph 18.1(4)(a) (Memorandum of Fact and Law of the AGC, at paragraph 47)). I also reiterate that, as indicated above, the sole exception envisaged by Parliament allowing a designated judge discretion with respect to the form of the order is when innocence is at stake (paragraph 18.1(4)(b) and subsection 18.1(8)).

dans une instance désignée, l'avocat du PGC, avec l'aide de membres du SCRS et des *amici*, pourrait parvenir au même résultat et fournir à la Cour fédérale des résumés non-identificateurs ébauchés avec soins, minimisant ainsi le risque de divulgation accidentelle (décision du juge désigné, au paragraphe 40). Les *amici* soutiennent que le juge désigné a eu raison de se reporter à l'expérience des tribunaux criminels dans des affaires mettant en cause le privilège relatif aux indicateurs pour appuyer son interprétation de l'article 18.1. Ils soutiennent en outre que l'utilisation de résumés d'informations protégées par le privilège de l'indicateur dans les instances criminelles démontre que le risque de divulgation accidentelle d'une source humaine est [TRADUCTION] « gérable ».

[44] En toute déférence, à mon avis, la comparaison que le juge désigné a faite avec les instances criminelles est encore une fois mal fondée : les résumés devant les tribunaux criminels mentionnés par le juge désigné sont fournis lorsque le droit d'un accusé de présenter une défense pleine et entière est en jeu. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Il existe des différences importantes dans les types d'intérêts en matière d'équité qui sont en jeu dans les instances civiles et criminelles, et les principes applicables dans les secondes ne devraient pas être simplement transférés dans les premières. En l'espèce, l'instance est civile et le droit à la divulgation est limité par l'article 18.1 et doit céder le pas au privilège prévu par le législateur. La comparaison que le juge désigné a faite doit donc être rejetée.

[45] À cet égard, je rappelle qu'en application de l'article 18.1, lorsqu'une instance sous-jacente est de nature civile, comme celle en l'espèce, [TRADUCTION] « les seuls recours dont dispose une partie qui dépose une demande en application de l'article 18.1 sont une déclaration selon laquelle (1) une personne physique n'est pas une source humaine, et (2) l'information n'est pas une information qui permettrait de découvrir l'identité de la source humaine » (alinéa 18.1(4)a) (mémoire des faits et du droit du PGC, au paragraphe 47)). Je réitère également que, comme il est mentionné ci-dessus, la seule exception envisagée par le législateur permettant à un juge désigné de décider de la forme de l'ordonnance est lorsque l'innocence est en jeu (alinéa 18.1(4)b) et paragraphe 18.1(8)).

[46] Finally, I note that the Designated Judge was concerned that “the Respondent [AGC] will seek to protect broad swaths of information on the strengths of its claims that disclosure would tend to identify human sources when read by an informed observer” [at paragraph 27]. However, section 18.1 includes a complete mechanism which safeguards against such abuses (*Re Section 18.1 of the CSIS Act and X (Re)*).

[47] Before concluding, the Designated Judge referred to section 19 of the CSIS Act for the proposition that a CSIS human source does not enjoy absolute anonymity. He observed that, pursuant to section 19, the Director of CSIS retains a broad discretion and can, for operational purposes, disclose the identity of a source. On this point, it suffices to say that the sharing of information in the context of operations should not be compared with the class privilege pursuant to section 18.1, which applies to the context of legal proceedings. Indeed, the sharing of information between international partners as part of operations is done with the understanding that it will not be disclosed (*Canada (Attorney General) v. Telbani*, 2014 FC 1050, 251 A.C.W.S. (3d) 457) whereas the disclosure of information in the context of legal proceedings will result in public disclosure.

VIII. Conclusion

[48] In conclusion, the Designated Judge erred in law in deciding that, pursuant to section 18.1, the Federal Court can authorize disclosure of a summary of information by human source privilege in the context of civil proceedings. In doing so, he ignored the words and the purpose of the statute as well as the intention of Parliament.

[49] I would therefore allow the appeal and, rendering the decision that the Designated Judge should have rendered, I would declare that section 18.1 of the CSIS Act does not allow the issuance of summaries, including non-identifying ones, in the context of civil proceedings.

[46] Enfin, je note que le juge désigné s’inquiétait du fait que « le défendeur [le PGC] cherchera à protéger de larges pans d’informations en se fondant sur ses allégations selon lesquelles toute communication tendrait à identifier des sources humaines si un observateur éclairé la lisait » [au paragraphe 27]. Cependant, l’article 18.1 comprend un mécanisme complet qui protège contre de tels abus (*arrêt Article 18.1 de la Loi sur le SCRS Re et décision X (Re)*).

[47] Avant de conclure, le juge désigné a fait référence à l’article 19 de la Loi sur le SCRS pour appuyer l’idée qu’une source humaine du SCRS ne jouit pas de l’anonymat absolu. Il a fait remarquer qu’en application de l’article 19, le directeur du SCRS conserve un large pouvoir discrétionnaire et peut, à des fins opérationnelles, communiquer l’identité d’une source. Sur ce point, il suffit de dire que l’échange d’informations dans le cadre d’opérations ne doit pas être assimilé au privilège générique prévu à l’article 18.1, qui s’applique dans le cadre d’une instance judiciaire. En effet, l’échange d’informations entre partenaires internationaux dans le cadre d’opérations se fait étant bien entendu qu’elles ne seront pas divulguées (*Canada (Procureur général) c. Telbani*, 2014 CF 1050) tandis que la divulgation d’informations dans le cadre d’une instance judiciaire entraînera une divulgation publique.

VIII. Conclusion

[48] En conclusion, le juge désigné a commis une erreur de droit en décidant qu’en application de l’article 18.1, la Cour fédérale peut autoriser la communication d’un résumé d’informations par le privilège relatif aux sources humaines dans le cadre d’une instance civile. Ce faisant, il a fait fi des mots et de l’objet de la loi ainsi que de l’intention du législateur.

[49] J’accueillerais donc l’appel et, rendant la décision que le juge désigné aurait dû rendre, je déclarerais que l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS ne permet pas la communication de résumés, notamment les résumés non-identificateurs, dans le cadre d’une instance civile.

[50] These public reasons were first released on a classified basis on November 28, 2022 to ensure compliance with national security requirements prior to public release.

DE MONTIGNY J.A.: I agree.

LEBLANC J.A.: I agree.

[50] Ces motifs publics ont d’abord été publiés en version classifiée le 28 novembre 2022 afin d’assurer le respect des exigences en matière de sécurité nationale avant d’être rendus publics.

LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. : Je suis d’accord.

LE JUGE LEBLANC, J.C.A. : Je suis d’accord.

IMM-5408-19
2022 FC 1797

IMM-5408-19
2022 CF 1797

Maaleni Ganeswaran, Winoth Ganeswaran, Rejeeth Ganeswaran, Sankeeth Ganeswaran (*Applicants*)

Maaleni Ganeswaran, Winoth Ganeswaran, Rejeeth Ganeswaran, Sankeeth Ganeswaran (*demandeurs*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration (*Respondent*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (*défendeur*)

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

RÉPERTORIÉ : GANESWARAN c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Sadrehashemi J.—By videoconference, December 13, 2021 and August 16, 2022; Ottawa, December 23, 2022.

Cour fédérale, juge Sadrehashemi—Par vidéoconférence, 13 décembre 2021 et 16 août 2022; Ottawa, 23 décembre 2022.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Application to vacate — Abuse of process — Application for judicial review of Immigration and Refugee Board (I.R.B.), Refugee Protection Division (RPD) decision granting respondent's application to vacate applicants' Convention refugee status — Applicants family consisting of mother (principal applicant), her three sons — Principal applicant arrived in Canada approximately 15 years ago with her three sons, then aged 4, 8, 12 years old — Following year, applicants accepted as Convention refugees by RPD — In month following acceptance of their claim, immigration officials discovered that, contrary to applicants' claim, family had not arrived in Canada from Sri Lanka but had instead lived for many years in Switzerland, where all three of minor claimants were born — On June 2, 2008, more than one month after acceptance of applicants' refugee claim, immigration officer indicated their intention to request that positive refugee determination made by I.R.B. for applicants be vacated — Applicants filed application for permanent residence where they indicated which years they had lived in Switzerland, provided Swiss birth certificates for children — No decision was made on that application for permanent residence — Principal applicant not contacted about her refugee status, pending permanent residence application for approximately 10 years — Contact took place when respondent filed its application under Immigration and Refugee Protection Act (Act), s. 109 to vacate applicants' Convention refugee status in April 2018 — RPD found that there was no explanation for respondent's almost ten-year delay — RPD considered this delay inordinate but ultimately found that it could proceed with vacation application because applicants hadn't shown they suffered significant prejudice due to delay — RPD also found that any prejudice applicants experienced not outweighing public

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Demande d'annulation — Recours abusif — Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la C.I.S.R.) a autorisé la demande du défendeur d'annuler le statut de réfugié des demandeurs au sens de la Convention — Les demandeurs sont une famille composée d'une mère (demanderesse principale) et de ses trois fils — La demanderesse principale est arrivée au Canada il y a près de 15 ans avec ses trois fils, alors âgés de 4, 8 et 12 ans — L'année suivante, les demandeurs ont été acceptés en tant que réfugiés au sens de la Convention par la SPR — Durant le mois qui a suivi l'acceptation de leur demande, les agents d'immigration ont découvert que, contrairement à la déclaration des demandeurs, la famille n'était pas arrivée au Canada du Sri Lanka, mais avait plutôt vécu pendant de nombreuses années en Suisse, où les trois demandeurs mineurs sont nés — Le 2 juin 2008, plus d'un mois après l'acceptation de la demande d'asile des demandeurs, un agent d'immigration a indiqué son intention de demander que la reconnaissance du statut de réfugié des demandeurs par la C.I.S.R. soit annulée — Les demandeurs ont déposé une demande de résidence permanente indiquant les années durant lesquelles ils avaient vécu en Suisse et ont fourni les certificats de naissance suisses des enfants — Aucune décision n'a été prise sur cette demande de résidence permanente — Durant près de dix ans, personne n'est entré en contact avec la demanderesse principale pour l'informer de son statut de réfugiée ou de sa demande de résidence permanente — Il n'y a eu aucun contact jusqu'à ce que le défendeur dépose une demande en application de l'article 109 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la Loi) pour annuler le statut de réfugié des demandeurs, au sens de la Convention, en avril 2018 — La

interest in proceeding with vacation application — Applicants challenged both RPD's abuse of process finding, vacation determination under Act, s. 109(2) — After judicial review heard in this case, Supreme Court of Canada released its decision in *Law Society of Saskatchewan v. Abrametz*, which reaffirmed that abuse of process due to administrative delay is question of procedural fairness, noting that decision makers have power to assess allegedly abusive delay — Issue herein was whether it was abuse of process for RPD to proceed with hearing respondent's vacation application given respondent's delay — Abuse of process is broad, flexible concept that applies in various contexts, including administrative ones — Aims to prevent unfairness by precluding abuse of decision-making process — No allegation that delay in this case caused unfairness in RPD hearing — In *Abrametz*, it was held that in administrative context, where delay hasn't affected fairness of hearing, three steps determine whether delay amounting to abuse of process: 1. Delay must be inordinate; 2. Delay itself must have caused significant prejudice; 3. When these two requirements are met, court or tribunal should conduct final assessment as to whether abuse of process established — Regarding inordinate delay, in support of its vacation application, respondent relied on essentially same information that it had already known approximately 10 years before, just five weeks after applicants' refugee claim had been accepted — There was no explanation for respondent's failure to act sooner — With respect to significant prejudice, applicants identified family integration in Canada as ground of prejudice caused by respondent's delay in bringing vacation application — That ground established given that respondent's inordinate delay caused significant prejudice to applicants — While risk of loss of status in Canada, deportation was result of principal applicant's serious misrepresentation in her refugee claim, abuse of process analysis must also take into account that prejudice caused by investigation of or proceedings against individual can be exacerbated by inordinate delay — Thus, what was at stake for family (risk of deportation) changed because of respondent's excessive delay — As to whether prejudice was in fact benefit, in present case, benefit, prejudice tied together, directly proportional — Family's integration into Canada was very basis of prejudice they were claiming — Benefit could not be considered in isolation from respondent delay, resulting prejudice — Therefore, applicants established that respondent's inordinate delay resulted in significant prejudice — Concerning abuse of process warranting stay of proceeding, inordinate delay in this case was manifestly unfair to applicants, brought administration of justice into disrepute — Only appropriate remedy to abuse of process herein was to quash vacation decision, not remit it for redetermination — Allowing vacation application to continue would result in more harm to public interest than permanently staying proceedings — Therefore, RPD's decision to vacate applicants' Convention refugee status quashed — Application allowed.

SPR n'a pas trouvé d'explication à ce délai de près de dix ans de la part du défendeur — La SPR a qualifié ce délai d'excessif, pour finalement conclure qu'elle pouvait donner suite à la demande d'annulation, car les demandeurs n'avaient pas subi un grave préjudice en raison de ce délai — La SPR a également conclu que le préjudice subi par les demandeurs ne l'emportait pas sur l'intérêt public de donner suite à la demande d'annulation — Les demandeurs ont contesté la conclusion sur le recours abusif de la SPR et sa décision d'annulation en application du paragraphe 109(2) de la Loi — Après l'audition du contrôle judiciaire en l'espèce, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'arrêt *Law Society of Saskatchewan c. Abrametz*, dans lequel elle a confirmé qu'un recours abusif dû à un retard administratif est une question d'équité procédurale et a noté que les décideurs administratifs possèdent le pouvoir d'examiner les allégations de délai abusif — La question soulevée en l'espèce consistait à déterminer si l'audition de la demande d'annulation du défendeur par la SPR constituait un recours abusif compte tenu du délai écoulé — Le recours abusif est une notion générale et souple qui s'applique à différents contextes, y compris les contextes administratifs — Il vise à prévenir l'iniquité en empêchant les recours abusifs — Nul n'a tenté de faire valoir que le délai écoulé, dans cette affaire, a causé un manque d'équité de l'audience de la SPR — Dans l'arrêt *Abrametz*, il a été conclu que, dans le contexte administratif, lorsque le délai n'a pas d'incidence sur l'équité de l'audience, les trois étapes suivantes permettent de déterminer si le délai constitue un recours abusif : 1. Le délai doit être excessif; 2. Le délai lui-même doit avoir causé un préjudice important; 3. Lorsque ces deux conditions sont réunies, le tribunal judiciaire ou administratif doit procéder à une évaluation finale afin de déterminer si l'abus de procédure a été établi — En ce qui concerne le délai excessif, pour appuyer sa demande d'annulation, le défendeur s'est essentiellement appuyé sur les informations dont il avait déjà pris connaissance cinq semaines à peine après que la demande d'asile des demandeurs a été acceptée, il y a dix ans environ — Rien n'expliquait le fait que le défendeur n'ait pas agi plus tôt — En ce qui concerne le préjudice important, les demandeurs ont relevé l'intégration de la famille dans la société canadienne comme motif de préjudice causé par le délai de présentation de la demande d'annulation par le défendeur — Ce motif a été établi étant donné que le délai d'intervention du défendeur a causé un préjudice important aux demandeurs — Alors que le risque de perte de statut au Canada et d'expulsion était le résultat des fausses déclarations graves que la demanderesse principale a faites dans sa demande d'asile, la discussion sur le recours abusif doit aussi tenir compte du fait que le préjudice causé à une personne par l'enquête ou les procédures dont elle fait l'objet peut être exacerbé par un délai excessif — L'enjeu pour cette famille (le risque de déportation) a donc changé en raison du délai excessif d'intervention du défendeur — Quant à la question de savoir si le préjudice était en fait un avantage, en l'espèce, l'avantage et le préjudice étaient liés et directement proportionnels — L'intégration de la famille dans la

This was an application for judicial review of a decision by the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board (I.R.B.) granting the respondent's application to vacate the applicants' Convention refugee status. The applicants are a family consisting of a mother and her three sons. Maaleni Ganeswaran, the mother and principal applicant, arrived in Canada approximately 15 years ago with her three sons, who were aged 4, 8, and 12 years old at that time. The following year, the applicants were accepted as Convention refugees by the RPD through an expedited process. In the month following the acceptance of their claim, immigration officials discovered that, contrary to the applicants' claim, the family had not arrived in Canada from Sri Lanka but had instead lived for many years in Switzerland, where all three of the minor claimants were born. On June 2, 2008, just over a month after the acceptance of the applicants' refugee claim, an immigration officer indicated their intention to request that the positive refugee determination made by the I.R.B. for the applicants be vacated. The applicants filed an application for permanent residence where they indicated which years they had lived in Switzerland and provided Swiss birth certificates for the children. No decision was made on that application for permanent residence. Immigration officials did not contact the principal applicant about her refugee status or her pending permanent residence application for approximately 10 years. There was no contact until the respondent filed its application under section 109 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act) to vacate the applicants' Convention refugee status in April 2018. The RPD found that there was no explanation for the respondent's almost ten-year delay. It considered this delay inordinate but ultimately found that it could proceed with the vacation application because the applicants had not shown they had suffered significant prejudice due to the delay. The RPD also found that any prejudice the applicants experienced did not outweigh the public interest in proceeding with the vacation application.

société canadienne était le véritable motif du préjudice allégué — L'avantage ne pouvait pas être considéré comme indissociable de l'impact du délai d'intervention du défendeur et du préjudice en résultant — Par conséquent, les demandeurs ont établi que le délai excessif d'intervention du défendeur a causé un préjudice important — En ce qui concerne le recours abusif justifiant l'arrêt des procédures, le délai excessif en l'espèce était manifestement injuste envers les demandeurs et déconsidérait l'administration de la justice — La seule mesure appropriée en l'espèce consistait à casser la décision d'annulation et à ne pas renvoyer l'affaire pour qu'elle soit tranchée à nouveau — Autoriser la poursuite de la demande d'annulation aurait été plus préjudiciable à l'intérêt public qu'arrêter définitivement l'instance — Par conséquent, la décision de la SPR d'annuler le statut de réfugié des demandeurs au sens de la Convention a été annulée — Demande accueillie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la C.I.S.R.) a accueilli la demande du défendeur d'annuler le statut de réfugié des demandeurs, au sens de la Convention. Les demandeurs sont une famille composée d'une mère et de ses trois fils. Maaleni Ganeswaran, la mère et demanderesse principale, est arrivée au Canada il y a près de 15 ans avec ses trois fils, alors âgés de 4, 8 et 12 ans. L'année suivante, les demandeurs ont été acceptés en tant que réfugiés au sens de la Convention par la SPR au terme d'un processus accéléré. Durant le mois qui a suivi l'acceptation de leur demande, les agents d'immigration ont découvert que, contrairement à la déclaration des demandeurs, la famille n'était pas arrivée au Canada directement du Sri Lanka, mais avait vécu pendant de nombreuses années en Suisse, où les trois demandeurs mineurs sont nés. Le 2 juin 2008, un mois à peine après l'acceptation de la demande d'asile des demandeurs, un agent d'immigration a indiqué son intention de demander que la reconnaissance du statut de réfugié des demandeurs par la C.I.S.R. soit annulée. Les demandeurs ont déposé une demande de résidence permanente indiquant les années durant lesquelles ils avaient vécu en Suisse et ont fourni les certificats de naissance suisses des enfants. Aucune décision n'a été prise sur cette demande de résidence permanente. Durant près de dix ans, les agents d'immigration ne sont jamais entrés en contact avec la demanderesse principale pour l'informer de son statut de réfugiée ou de sa demande de résidence permanente. Il n'y a eu aucun contact jusqu'à ce que le défendeur dépose sa demande en application de l'article 109 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la Loi) pour annuler le statut de réfugié des demandeurs, au sens de la Convention, en avril 2018. La SPR n'a pas trouvé d'explication à ce délai de près de dix ans de la part du défendeur. Elle a qualifié ce délai d'excessif, pour finalement conclure qu'elle pouvait donner suite à la demande d'annulation, car les demandeurs n'avaient pas subi un grave préjudice en raison de ce délai. La SPR a également conclu que le préjudice subi par les demandeurs ne l'emportait pas sur l'intérêt public de donner suite à la demande d'annulation.

The applicants had argued that the respondent's delay was prejudicial because of the applicants' integration into Canada during the nearly ten-year delay. There was no other information in the record about any subsequent steps immigration officials took in the applicants' case until April 2018, when the respondent filed the application to vacate the applicants' status at the RPD. There was, however, some evidence in the record about the steps the applicants took with respect to their permanent residence application, which was based on the protected person status they received in 2008. Notwithstanding these steps, there did not appear to be any response to these updates from immigration officials nor were there any notes of any immigration officer since 2008. After the hearing, in addition to its vacation determination, the RPD found that the applicants' identities were also tainted by the misrepresentation and therefore there was no basis to justify refugee protection. On judicial review, the applicants challenged both the RPD's abuse of process finding and its vacation determination under subsection 109(2) of the Act.

After the judicial review was heard in this case, the Supreme Court of Canada released its decision in *Law Society of Saskatchewan v. Abrametz* in which it reaffirmed that an abuse of process due to administrative delay is a question of procedural fairness, noting that "decision makers have, as a corollary to their duty to act fairly, the power to assess allegedly abusive delay". The parties were provided with an opportunity to make submissions on the relevance of *Abrametz* to the present matter.

The issue on judicial review was whether it was an abuse of process for the RPD to proceed with hearing the respondent's vacation application given the respondent's delay.

Held, the application should be allowed.

It had to be determined whether it was fair for the RPD to proceed with hearing the vacation application given the respondent's delay. Abuse of process is a broad and flexible concept that applies in various contexts, including administrative ones. It aims to prevent unfairness by precluding abuse of the decision-making process. There was no allegation that the delay in this case caused unfairness in the RPD hearing. The Supreme Court of Canada in *Abrametz* held that in the administrative context, where delay has not affected the fairness of the hearing, the following three steps determine whether the delay amounts to an abuse of process: 1. The delay must be inordinate. This is determined on an assessment of the context overall, including the nature and purpose of the proceedings, the length and causes of the delay, and the complexity of the facts and issues in the case; and 2. The delay itself must have caused significant prejudice;

Les demandeurs ont soutenu que le délai de près de dix ans du défendeur était préjudiciable, car les demandeurs avaient eu le temps de s'intégrer à la société canadienne durant cette période. Aucun autre renseignement n'a été versé au dossier sur des mesures prises par la suite par les agents d'immigration dans l'affaire des demandeurs jusqu'en avril 2018, lorsque le défendeur a déposé une demande pour annuler le statut des demandeurs à la SPR. Le dossier contenait toutefois quelques éléments de preuve sur les mesures que les demandeurs ont prises concernant leur demande de résidence permanente, qui était basée sur le statut de personnes protégées obtenu en 2008. En dépit de ces mesures, le dossier ne semblait contenir aucune réponse à ces mises à jour ni aucune note de la part d'agents d'immigration depuis 2008. Après l'audition, en plus de la décision d'annulation, le commissaire de la SPR a conclu que l'identité des demandeurs était également viciée par les fausses déclarations et que, par conséquent, rien ne justifiait l'asile. Dans le présent contrôle judiciaire, les demandeurs ont contesté la conclusion de la SPR sur le recours abusif ainsi que sa décision sur la demande d'annulation en application du paragraphe 109(2) de la Loi.

Après l'audition du contrôle judiciaire en l'espèce, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'arrêt *Law Society of Saskatchewan c. Abrametz* dans lequel elle a confirmé qu'un recours abusif dû à un retard administratif est une question d'équité procédurale et a noté que « les décideurs administratifs possèdent, corollairement à leur devoir d'agir équitablement, le pouvoir d'examiner les allégations de délai abusif ». Les deux parties ont eu l'occasion de présenter des observations sur la pertinence de l'arrêt *Abrametz* en l'espèce.

La question soulevée dans le contrôle judiciaire consistait à déterminer si l'audition de la demande d'annulation du défendeur par la SPR constituait un recours abusif compte tenu du délai écoulé.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Il s'agissait de déterminer s'il était juste pour la SPR de procéder à l'audition de la demande d'annulation compte tenu du délai de présentation de la demande du défendeur. Le recours abusif est une notion générale et souple qui s'applique à différents contextes, y compris les contextes administratifs. Il vise à prévenir l'iniquité en empêchant les recours abusifs. Nul n'a tenté de faire valoir que le délai écoulé, dans cette affaire, a causé un manque d'équité de l'audience de la SPR. Dans l'arrêt *Abrametz*, la Cour suprême du Canada a conclu que, dans le contexte administratif, lorsque le délai n'a pas d'incidence sur l'équité de l'audience, les trois étapes suivantes permettent de déterminer si le délai constitue un recours abusif : 1. Le délai doit être excessif. Cette détermination se fait en appréciant le contexte dans son ensemble, y compris la nature et l'objet des procédures, la longueur et les causes du délai ainsi que

3. When these two requirements are met, the court or tribunal should conduct a final assessment as to whether abuse of process is established.

With respect to inordinate delay, the non-exhaustive list of contextual factors set out in *Abrametz* for determining whether delay is inordinate were considered in this case: (a) the nature and purpose of the proceedings; (b) the length and causes of the delay; and (c) the complexity of the facts and issues in the case. In support of its vacation application, the respondent relied on essentially the same information that it had already known approximately 10 years before, just five weeks after the applicants' refugee claim had been accepted. There was no explanation for the respondent's failure to act sooner. The misrepresentations in the original refugee claim were conceded either when they were first discovered by immigration officials or very shortly after. Nothing in the circumstances of the case justified the delay. In these circumstances, the respondent's delay was inordinate.

Regarding significant prejudice, before the RPD, the applicants identified, *inter alia*, the family's integration in Canada, including the formative childhood years of the principal applicant's children, during the period of the respondent's delay. The respondent's inordinate delay indeed caused significant prejudice to the applicants. The RPD's determination on this ground of prejudice was difficult to follow because it consisted of a few generalized observations without making direct and specific findings in relation to the family's claim of prejudice. Though this point was argued at the hearing, the RPD Member did not consider the unique impact of the delay on the principal applicant's children, who as minors played no part in the original misrepresentation. There were two key questions that had to be considered in evaluating the applicants' prejudice claim based on family integration in these circumstances: (i) whether this aspect of the prejudice could be said to result directly from the respondent's delay; and (ii) whether the ability to stay in Canada during the delay period was better characterized as a benefit to the family instead of as evidence of significant prejudice. A direct connection between the inordinate delay and the significant prejudice claimed was required. Here, the risk of loss of status in Canada and deportation was a result of the principal applicant's serious misrepresentation in her refugee claim. This risk was not caused by the respondent's delay. However, in *Abrametz*, the Supreme Court of Canada explained that the abuse of process analysis must also take into account that "prejudice caused by the investigation of or proceedings against an individual can be exacerbated by inordinate delay". Thus, what was at stake for this family (risk of deportation) changed because of the respondent's excessive delay. The next question was whether this sort of prejudice was in fact a benefit and therefore not a basis to

la complexité des faits de l'affaire et des questions en litige; 2. Le délai lui-même doit avoir causé un préjudice important; et 3. Lorsque ces deux conditions sont réunies, le tribunal judiciaire ou administratif doit procéder à une évaluation finale afin de déterminer si l'abus de procédure a été établi.

En ce qui concerne le délai excessif, la liste non exhaustive des facteurs contextuels énoncés dans l'arrêt *Abrametz* pour déterminer si le délai est excessif a été prise en considération en l'espèce : a) la nature et l'objet des procédures; b) la longueur et les causes du délai; et c) la complexité des faits de l'affaire et des questions en litige. Pour appuyer sa demande d'annulation, le défendeur s'est essentiellement appuyé sur les informations dont il avait déjà pris connaissance cinq semaines à peine après que la demande d'asile des demandeurs a été acceptée, il y a dix ans environ. Rien n'expliquait le fait que le défendeur n'ait pas agi plus tôt. Les fausses déclarations contenues dans la demande d'asile initiale ont été admises quand elles ont été découvertes pour la première fois par les agents d'immigration, ou très peu de temps après. Rien dans les circonstances de l'affaire ne justifiait le délai. Dans ces circonstances, le délai d'intervention du défendeur était excessif.

En ce qui concerne le préjudice important, devant la SPR, les demandeurs ont relevé, entre autres, l'intégration de la famille dans la société canadienne, y compris les années formatrices des enfants de la demanderesse principale qui se sont écoulées durant le délai d'intervention du défendeur. Le délai d'intervention du défendeur a en effet causé un préjudice important aux demandeurs. La décision de la SPR sur ce motif de préjudice était difficile à suivre parce qu'elle reposait sur quelques observations générales sans établir de conclusions directes et précises en rapport avec l'allégation de préjudice de la famille. Bien que ce point ait été présenté à l'audience, l'impact particulier que le délai a eu sur les enfants de la demanderesse principale (qui, bien entendu, en tant que mineurs, n'ont joué aucun rôle dans les fausses déclarations initiales), le commissaire de la SPR n'en a pas tenu compte. Il y avait deux questions essentielles qui devaient être prises en considération dans l'évaluation de l'allégation de préjudice des demandeurs dans ces circonstances : (i) pouvait-on dire que cet aspect du préjudice résultait directement du délai d'intervention du défendeur? et (ii) la possibilité de rester au Canada durant ce délai constituait-elle un avantage pour la famille ou une preuve de préjudice important? Un lien direct entre le délai excessif et le préjudice important allégué devait être établi. En l'espèce, le risque de perte de statut au Canada et d'expulsion était le résultat des fausses déclarations graves que la demanderesse principale a faites dans sa demande d'asile. Ce risque n'a pas été causé par le délai d'intervention du défendeur. Toutefois, dans l'arrêt *Abrametz*, la Cour suprême du Canada a expliqué que la discussion sur le recours abusif doit aussi tenir compte du fait que le « préjudice causé à une personne par l'enquête ou les procédures dont elle fait l'objet peut être exacerbé par un délai excessif ». L'enjeu pour cette

argue there had been an abuse of process. Inordinate delay on its own without evidence of significant prejudice is insufficient because (i) it would be tantamount to imposing a judicially created limitation period; and (ii) because in some cases, the delay by itself may be beneficial to the affected party. In this case, the complexity was that the benefit and the prejudice were tied together and directly proportional. The family's integration into Canada was the very basis of the prejudice they were claiming. The more a family becomes integrated in Canada, which could be considered a benefit to them, the greater the prejudice associated with their risk of deportation. The benefits to the family of remaining in Canada cannot be considered in isolation from the impact of the respondent's delay and the resulting prejudice. Each case has to be examined on its own facts. In these circumstances, the inordinate delay resulting in the prejudice complained of by the applicants could not simply be deemed as beneficial to them. Therefore, the applicants established that the respondent's inordinate delay resulted in significant prejudice.

Finally, concerning abuse of process warranting a stay of proceeding, a final assessment was needed to determine whether an abuse of process could be found. The inordinate delay in this case was manifestly unfair to the applicants and brought the administration of justice into disrepute. This case did not involve complex factual or legal issues, given that approximately five weeks after the applicants' claims had been accepted, the respondent had admissions and evidence confirming that there were serious misrepresentations. The respondent did not explain why it did not proceed sooner; there was no evidence provided of any activity on the file for almost 10 years. The respondent brought the administration of justice into disrepute by not proceeding for almost 10 years, while the minor applicants grew up in Canada, and then, based on no new information and without explanation as to the timing, decided to bring an application to vacate their refugee status. It was unacceptable. The only appropriate remedy to the abuse of process in this case was to quash the vacation decision and not remit it for redetermination, which amounted to a stay of proceedings. In determining whether a stay is the appropriate remedy, a balance must be struck between the public interest in a fair administrative process untainted by abuse and the competing public interest in having the complaint decided on its merits. To allow the proceedings to continue would condone the manner in which the applicants' case was handled and permit litigation affecting significant interests, including those of children, to be brought by the respondent at any time, with no explanation for excessive delay. Because of the circumstances in this case, allowing the vacation application to continue would result in more harm to the public interest than

famille a donc changé en raison du délai excessif d'intervention du défendeur. La question qu'il convenait de se poser ensuite était de savoir si ce type de préjudice était en fait un avantage et ne constituait donc pas un motif permettant d'alléguer qu'il y avait eu recours abusif. Le délai excessif à lui seul, sans preuve de préjudice important, est insuffisant pour les raisons suivantes : (i) cela « reviendrait à imposer une prescription d'origine judiciaire »; et (ii) dans certains cas, « il arrive parfois que le délai soit lui-même bénéfique pour la partie touchée ». La complexité en l'espèce provenait du fait que l'avantage et le préjudice étaient liés et directement proportionnels. L'intégration de la famille dans la société canadienne était le véritable motif du préjudice allégué. Plus la famille s'intègre dans la société canadienne, ce qui pourrait être considéré comme un avantage, plus le préjudice associé au risque d'expulsion est important. Les avantages pour la famille de rester au Canada ne peuvent pas être considérés comme indissociables de l'impact du délai d'intervention du défendeur et du préjudice en résultant. Chaque cas doit être examiné en fonction des faits qui lui sont propres. Dans ces circonstances, le délai excessif qui a entraîné le préjudice allégué par les demandeurs ne pouvait pas être considéré simplement comme un avantage. Par conséquent, les demandeurs ont établi que le délai excessif d'intervention du défendeur a causé un préjudice important.

Finalement, en ce qui concerne le recours abusif justifiant l'arrêt des procédures, une évaluation finale était nécessaire pour déterminer s'il y avait eu recours abusif. En l'espèce, le délai excessif était manifestement injuste envers les demandeurs et déconsidérait l'administration de la justice. Cette affaire n'incluait pas de questions de fait ou de droit complexes, étant donné qu'environ cinq semaines après que la demande d'asile des demandeurs a été acceptée, le défendeur détenait les admissions et les éléments de preuve confirmant que de fausses déclarations graves avaient été faites. Le défendeur n'a pas expliqué pourquoi il n'a pas agi plus tôt; aucune preuve d'une quelconque activité sur le dossier n'a été fournie pendant près de dix ans. Le défendeur a jeté le discrédit sur l'administration de la justice du fait qu'il n'a pas agi pendant près de dix ans, alors que les demandeurs mineurs grandissaient au Canada, puis, en l'absence de tout nouveau renseignement et de toute explication sur le délai, a décidé de présenter une demande pour annuler leur statut de réfugié. C'était inacceptable. La seule mesure appropriée en l'espèce consistait à casser la décision d'annulation et à ne pas renvoyer l'affaire pour qu'elle soit tranchée à nouveau, ce qui équivalait à un arrêt des procédures. Pour déterminer si l'arrêt des procédures est la mesure appropriée, un équilibre doit être établi entre l'intérêt du public à ce qu'il existe un processus administratif équitable et exempt d'abus de procédure et son intérêt opposé à ce que les plaintes soient décidées au fond. Continuer l'instance reviendrait à fermer les yeux sur la manière dont l'affaire des demandeurs a été traitée et à permettre qu'un recours ayant un impact sur des intérêts importants, y compris ceux des enfants, soit intenté à n'importe quel moment par le

permanently staying the proceedings. Therefore, the RPD's decision to vacate the Convention refugee status of the applicants was quashed.

défendeur, sans explication du délai excessif. En raison des circonstances de l'espèce, autoriser la poursuite de la demande d'annulation serait plus préjudiciable à l'intérêt public qu'arrêter définitivement l'instance. Par conséquent, la décision de la SPR d'annuler le statut de réfugié des demandeurs au sens de la Convention a été annulée.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 25, 109, 112(2)(b.1)(i), 162.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 25, 109, 112(2)b.1(i), 162.

CASES CITED

APPLIED:

Law Society of Saskatchewan v. Abrametz, 2022 SCC 29, 470 D.L.R. (4th) 328; *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121; *Martineau v. Matsqui Institution*, [1980] 1 S.C.R. 602, 1979 CanLII 184; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Parekh*, 2010 FC 692, [2012] 1 F.C.R. 169; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, 1985 CanLII 23; *Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909.

CONSIDERED:

Cerna v. Canada (Citizenship and Immigration), 2021 FC 973; *B006 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 1033, [2015] 1 F.C.R. 241; *Akram v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2021 FC 1024; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Iwekaeze v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2022 FC 814; *R. v. Wong*, 2018 SCC 25, [2018] 1 S.C.R. 696.

REFERRED TO:

Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission), 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Immigration, Citizenship and Refugees)*, 2020 FCA 196, [2021] 1 F.C.R. 271; *Naredo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2022 FC 1543, 91 Imm. L.R. (4th) 186; *Badran v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2022 FC 1292; *Chabanov v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 73, 14 Admin. L.R. (6th) 141; *Ismaili v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FC 427; *Pavicevic v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 997, 440 F.T.R. 45; *British Columbia (Workers' Compensation*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Law Society of Saskatchewan c. Abrametz, 2022 CSC 29; *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institut de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, 1979 CanLII 184; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Parekh*, 2010 CF 692, [2012] 1 R.C.F. 169; *Cardinal c. Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, 1985 CanLII 23; *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Cerna c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2021 CF 973; *B006 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 1033, [2015] 1 R.C.F. 241; *Akram c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2021 CF 1024; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Iwekaeze c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2022 CF 814; *R. c. Wong*, 2018 CSC 25, [2018] 1 R.C.S. 696.

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission), 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2020 CAF 196, [2021] 1 R.C.F. 271; *Naredo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2022 CF 1543; *Badran c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2022 CF 1292; *Chabanov c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 73; *Ismaili c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CF 427; *Pavicevic c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 997; *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola*, 2011 CSC 52,

Board) v. Figliola, 2011 SCC 52, [2011] 3 S.C.R. 422; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Najafi*, 2019 FC 594, [2019] 3 F.C.R. 107; *Kim v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 149, [2011] 2 F.C.R. 448; *Sivalingam v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 1185; *Mella v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 FC 1587, 73 Imm. L.R. (4th) 21.

AUTHORS CITED

Garant, Patrice, Philippe Garant & Jérôme Garant, *Droit administratif*, 7th ed. Cowansville, QC: Yvon-Blais, 2017.
Régimbald, Guy. *Canadian Administrative Law*, 3rd ed. Toronto: LexisNexis Canada, 2021.

APPLICATION for judicial review of a decision (*X (Re)*, 2019 CanLII 151065) by the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board granting the respondent's application to vacate the applicants' Convention refugee status. Application allowed.

APPEARANCES

Raoul Boulakia for applicants.
Bernard Assan for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Raoul Boulakia, Toronto, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

SADREHASHEMI J.:

I. Overview

[1] The Applicants are a family consisting of a mother and her three sons. Maaleni Ganeswaran, the mother and Principal Applicant, arrived in Canada approximately 15 years ago with her three sons, who were aged 4, 8, and 12 years old at that time. The following year, the Applicants

[2011] 3 R.C.S. 422; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Najafi*, 2019 CF 594, [2019] 3 R.C.F. 107; *Kim c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 149, [2011] 2 R.C.F. 448; *Sivalingam c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 1185; *Mella c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CF 1587.

DOCTRINE CITÉE

Garant, Patrice, Philippe Garant et Jérôme Garant, *Droit administratif*, 7^e éd. Cowansville, QC : Yvon-Blais, 2017.

Régimbald, Guy. *Canadian Administrative Law*, 3^e éd. Toronto : LexisNexis Canada, 2021.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision (*X (Re)*, 2019 CanLII 151065) par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a autorisé la demande du défendeur d'annuler le statut de réfugié des demandeurs au sens de la Convention. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Raoul Boulakia pour les demandeurs.
Bernard Assan pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Raoul Boulakia, Toronto, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

LA JUGE SADREHASHEMI :

I. Aperçu

[1] Les demandeurs sont une famille composée d'une mère et de ses trois fils. Maaleni Ganeswaran, la mère et la demanderesse principale, est arrivée au Canada il y a près de 15 ans avec ses trois fils, alors âgés de 4, 8 et 12 ans. L'année suivante, les demandeurs ont été acceptés en tant

were accepted as Convention refugees by the Refugee Protection Division (RPD) through an expedited process. In the month following the acceptance of their claim, immigration officials discovered that, contrary to the Applicants' claim, the family had not arrived in Canada from Sri Lanka but had instead lived for many years in Switzerland, where all three of the minor claimants were born.

[2] On June 2, 2008, just over a month after the acceptance of the Applicants' refugee claim, an immigration officer indicated their intention to request that "the positive refugee determination made by the IRB [Immigration and Refugee Board] for [the Applicants] be vacated." The Applicants filed an application for permanent residence where they indicated which years they had lived in Switzerland and provided Swiss birth certificates for the children. No decision was made on that application for permanent residence. Immigration officials did not contact Ms. Ganeswaran about her refugee status or her pending permanent residence application for approximately 10 years. There was no contact until the Minister filed its application under section 109 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) to vacate the Applicants' Convention refugee status in April 2018.

[3] The determinative issue in this judicial review is one of procedural fairness: whether it is an abuse of process for the RPD to proceed with hearing the Minister's vacation application given the Minister's delay.

[4] The RPD found that there was no explanation for the Minister's almost ten-year delay. The RPD considered this delay inordinate but ultimately found that it could proceed with the vacation application because the Applicants had not shown they suffered significant prejudice due to the delay. The RPD also found that any prejudice the Applicants experienced did not outweigh the public interest in proceeding with the vacation application.

[5] The Applicants had argued that the Minister's delay is prejudicial because of the Applicants' integration

que réfugiés au sens de la Convention par la Section de la protection des réfugiés (SPR) au terme d'un processus accéléré. Durant le mois qui a suivi l'acceptation de leur demande, les agents d'immigration ont découvert que, contrairement à la déclaration des demandeurs, la famille n'était pas arrivée au Canada directement du Sri Lanka, mais avait vécu pendant de nombreuses années en Suisse, où les trois demandeurs mineurs sont nés.

[2] Le 2 juin 2008, un mois à peine après l'acceptation de la demande d'asile des demandeurs, un agent d'immigration a indiqué son intention de demander que [TRANSCRIPTION] « la reconnaissance du statut de réfugié des [demandeurs] par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada soit annulée ». Les demandeurs ont déposé une demande de résidence permanente indiquant les années durant lesquelles ils avaient vécu en Suisse et ont fourni les certificats de naissance suisses des enfants. Aucune décision n'a été prise sur cette demande de résidence permanente. Durant près de dix ans, les agents d'immigration ne sont jamais entrés en contact avec M^{me} Ganeswaran pour l'informer de son statut de réfugiée ou de sa demande de résidence permanente. Il n'y a eu aucun contact jusqu'à ce que le ministre dépose une demande en application de l'article 109 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR) pour annuler le statut de réfugié des demandeurs, au sens de la Convention, en avril 2018.

[3] La question déterminante soulevée dans le présent contrôle judiciaire est de l'ordre de l'équité procédurale : l'audition de la demande d'annulation du ministre par la SPR constitue-t-elle un recours abusif, compte tenu du délai qui s'est écoulé avant que le ministre n'agisse?

[4] La SPR n'a pas trouvé d'explication à ce délai de près de dix ans de la part du ministre. Elle a qualifié ce délai d'excessif, pour finalement conclure qu'elle pouvait donner suite à la demande d'annulation, car les demandeurs n'avaient pas subi un grave préjudice en raison de ce délai. La SPR a également conclu que le préjudice subi par les demandeurs ne l'emportait pas sur l'intérêt public de donner suite à la demande d'annulation.

[5] Les demandeurs ont soutenu que le délai de près de dix ans du ministre était préjudiciable, car ils avaient

into Canada during the nearly ten-year delay. I find the RPD's evaluation of that argument perfunctory and difficult to follow. Despite Applicants' counsel raising this argument in their submissions, there was no assessment of the particular prejudice faced by the three Applicants who came as children to Canada, one of whom was still a child at the time of the RPD's assessment. The Minister's egregious delay took place during the formative years of children who had no part in the misrepresentation, and yet would be forced to suffer its consequences after they have integrated into Canada. To proceed in these circumstances, with no explanation for this inordinate delay, would bring the administration of justice in disrepute.

[6] Based on the reasons below, the Applicants' judicial review is granted and the RPD's determination to vacate the Applicants' refugee status is quashed. Given my finding on abuse of process, there is no reason to remit the matter to the RPD.

II. Background and Procedural History

A. *The Applicants' Refugee Claim and Permanent Residence Application*

[7] The Applicants arrived in Canada in July or August 2007. They applied for refugee protection, stating that they had come from Sri Lanka, where the Principal Applicant and her husband had been persecuted by the LTTE [Liberation Tigers of Tamil Eelam] and the Sri Lankan army because of their profile as Tamils from northern Sri Lanka. The Principal Applicant's refugee narrative set out numerous incidents of mistreatment from the Sri Lankan authorities and the LTTE that took place in Sri Lanka in the years before the Applicants came to Canada. The Applicants filed birth registries for the children showing that they were born in Sri Lanka. The RPD accepted the Applicants' refugee claim on April 29, 2008 through an expedited process, which meant that there was no hearing before a tribunal member at the RPD, though the Applicants were interviewed by a Refugee Protection Officer employed by the RPD.

eu le temps de s'intégrer à la société canadienne durant cette période. Je suis d'avis que l'évaluation de cet argument par la SPR est superficielle et difficile à suivre. Bien que l'avocat des demandeurs soulève cet argument dans ses observations, il n'y a eu aucune évaluation du préjudice particulier subi par les trois demandeurs qui sont arrivés au Canada alors qu'ils étaient enfants, l'un d'entre eux l'étant encore au moment de l'audience de la SPR. Le délai excessif du ministre couvre les années formatrices des enfants, qui n'ont joué aucun rôle dans ces fausses déclarations et qui devraient tout de même en subir les conséquences alors qu'ils se sont intégrés à la société canadienne. Dans ces circonstances, poursuivre la procédure sans expliquer ce délai excessif serait de nature à déconsidérer l'administration de la justice.

[6] Selon les motifs énoncés ci-dessous, la demande de contrôle judiciaire présentée par les demandeurs est accueillie, et la décision de la SPR d'annuler le statut de réfugié des demandeurs est annulée. Compte tenu de ma conclusion sur le recours abusif, il n'y a aucune raison de renvoyer l'affaire à la SPR.

II. Faits et historique de la procédure

A. *La demande d'asile et de résidence permanente des demandeurs*

[7] Les demandeurs sont arrivés au Canada en juillet ou en août 2007. Ils ont présenté une demande d'asile où ils déclaraient venir du Sri Lanka, où la demanderesse principale et son époux avaient été persécutés par les Tigres de libération de l'Eelam tamoul (TLET) et par l'armée sri lankaise en raison de leur profil de Tamouls du nord du Sri Lanka. Dans son exposé circonstancié, la demanderesse principale a exposé de nombreux incidents de mauvais traitements de la part des autorités sri lankaises et des TLET qui avaient eu lieu dans les années précédant l'arrivée des demandeurs au Canada. Les demandeurs ont produit les certificats de naissance des enfants attestant qu'ils étaient nés au Sri Lanka. La SPR a accepté la demande d'asile des demandeurs le 29 avril 2008 au terme d'un processus accéléré, ce qui signifie qu'aucune audience n'a été tenue devant un commissaire de la SPR, mais les demandeurs ont été interrogés par un agent de protection des réfugiés employé par la SPR.

[8] The next month, on May 28, 2008, the Principal Applicant's husband made his own claim for refugee protection. Shortly after he filed the claim, he was called for an interview with an immigration officer. The officer confronted him with the allegation that he and his family had in fact been living in Switzerland for years before coming to Canada and that their sons were born in Switzerland not Sri Lanka. Immigration officials had evidence from the family's previous temporary resident visa applications for Canada, which included their work and address histories in Switzerland and confirmed the children were born in Switzerland. The incidents of persecution as described in the Applicants' refugee claim narrative could therefore not have happened as recounted given that the Principal Applicant and her husband were not in Sri Lanka, but were in Switzerland during the relevant time period.

[9] On June 2, 2008, a few days after the Principal Applicant's husband made his claim for protection and approximately five weeks after the Applicants' claim for protection had been accepted, an immigration officer wrote an email to a colleague setting out the information immigration officials had obtained about the Applicants' cases, including: the Principal Applicant's husband has a "Swiss booklet: *Ausländerausweis B*" valid until June 2009; the dates that the Principal Applicant's husband lived in Switzerland; and the dates of birth of the children in Switzerland. The immigration officer wrote: "I am also requesting that the positive refugee determination made by the IRB for his wife and children be vacated."

[10] There is no other information in the record about any subsequent steps immigration officials took in the Applicants' case until April 2018, when the Minister filed the application to vacate the Applicants' status at the RPD.

[11] I understand that the Principal Applicant's husband's refugee claim was rejected and he was eventually deported to Sri Lanka in October 2012. The Principal Applicant and her husband later divorced.

[8] Le mois suivant, le 28 mai 2008, l'époux de la demanderesse principale a présenté sa propre demande d'asile. Peu après avoir présenté sa demande, il a été convoqué pour être interrogé par un agent d'immigration. L'agent l'a interrogé au sujet de l'allégation selon laquelle il avait vécu en Suisse avec sa famille pendant plusieurs années avant d'arriver au Canada, et que leurs fils étaient nés en Suisse et non au Sri Lanka. Les agents d'immigration détenaient des éléments de preuve tirés de leurs précédentes demandes de visa de résidents temporaires au Canada, lesquels incluaient leurs antécédents professionnels et leur adresse en Suisse, et confirmaient que les enfants étaient nés en Suisse. Les incidents de persécution décrits dans l'exposé circonstancié des demandeurs n'avaient donc pas pu avoir lieu tels qu'ils avaient été racontés puisque la demanderesse principale et son époux ne se trouvaient pas au Sri Lanka, mais en Suisse, durant la période visée.

[9] Le 2 juin 2008, quelques jours après que l'époux de la demanderesse principale a présenté sa demande d'asile et cinq semaines environ après l'acceptation de celle-ci, un agent d'immigration a envoyé un courriel à un collègue faisant état des renseignements que les agents d'immigration avaient obtenus sur les demandeurs, notamment que l'époux de la demanderesse principale détenait un « Livret pour étrangers : *Ausländerausweis B* » (titre de séjour) valide jusqu'en juin 2009, les dates du séjour en Suisse de l'époux de la demanderesse ainsi que les dates de naissance des enfants en Suisse. L'agent d'immigration a écrit [TRADUCTION] : « Je demande également que la reconnaissance du statut de réfugié accordée par la CISR à son épouse et à ses enfants soit annulée ».

[10] Aucun autre renseignement n'a été versé au dossier sur des mesures prises par la suite par les agents d'immigration dans cette affaire jusqu'en avril 2018, lorsque le ministre a déposé une demande pour annuler le statut des demandeurs à la SPR.

[11] J'en conclus que la demande d'asile de l'époux de la demanderesse principale a été refusée et que ce dernier a finalement été expulsé vers le Sri Lanka en octobre 2012. Par la suite, la demanderesse principale et son époux ont divorcé.

[12] There is some evidence in the record about the steps the Applicants took with respect to their permanent residence application, which was based on the protected person status they received in 2008. In 2012, the Principal Applicant amended the permanent residence application to include her husband as a dependent, following the rejection of his own refugee claim. The Principal Applicant provided information in these forms indicating that she was in Switzerland from February 1993 until July 2007, that she had filed a refugee claim in 1993 in Switzerland that was refused, and that her three children were born in Switzerland. There is also confirmation that, prior to coming to Canada, the Applicants were in Switzerland on a “B permit”—a temporary status that was no longer valid. Later, in 2014, the Principal Applicant filed an update to the application for permanent residence indicating that after her husband was deported in 2012 to Sri Lanka, she obtained sole custody of her two minor children and provided the Court Order to that effect. Further, she provided the birth certificates of her children from Switzerland, which state that the children are nationals of Sri Lanka. The Principal Applicant also corrected the children’s previously provided birthdates to 29 October 1994, 23 September 1998, and 5 March 2003, which match the birthdates that were already known to Canadian immigration officials in 2008. In August 2017, the Principal Applicant further updated the application by providing a copy of a renewed Sri Lankan passport for herself.

[13] In the record before me, there does not appear to be any response to these updates from immigration officials, nor are there any notes of any immigration officer since 2008. The Principal Applicant indicated in her affidavit filed before the RPD in the vacation proceeding that she “was not informed that the Canada Border Services Agency intended to apply to vacate [the Applicants’] status as Convention refugees until an application to vacate was made in April 2018.”

B. Vacation Proceeding and Judicial Review

[14] On April 28, 2018, the Minister filed its application to vacate the Applicants’ refugee status under section 109 of IRPA.

[12] Le dossier contient quelques éléments de preuve sur les mesures que les demandeurs ont prises concernant leur demande de résidence permanente, qui était basée sur le statut de personnes protégées obtenu en 2008. En 2012, la demanderesse principale a modifié la demande de résidence permanente pour inclure son époux en tant que personne à charge, après que ce dernier a été débouté de sa propre demande d’asile. Dans ses formulaires, la demanderesse principale a indiqué qu’elle était en Suisse de février 1993 à juillet 2007, qu’en 1993, elle avait présenté une demande d’asile en Suisse qui a été refusée, et que ses trois enfants étaient nés en Suisse. Le fait que les demandeurs étaient en Suisse avant de venir au Canada est confirmé sur un « permis B », un statut temporaire qui n’était plus valide. Plus tard, en 2014, la demanderesse principale a déposé une mise à jour de sa demande de résidence permanente, indiquant qu’après l’expulsion de son époux au Sri Lanka, en 2012, elle avait obtenu la garde exclusive de ses deux enfants mineurs et a fourni l’ordonnance judiciaire. De plus, elle a fourni les certificats de naissance suisses de ses enfants selon lesquels ils sont des ressortissants du Sri Lanka. La demanderesse principale a également corrigé les dates de naissance qu’elle avait précédemment fournies en les remplaçant par les dates du 29 octobre 1994, du 23 septembre 1998 et du 5 mars 2003, qui correspondent aux dates de naissance déjà connues des agents d’immigration canadiens en 2008. En août 2017, la demanderesse principale a mis à jour sa demande en fournissant une copie de son propre passeport sri lankais renouvelé.

[13] Le dossier dont je dispose ne contient aucune réponse à ces mises à jour ni aucune note de la part d’agents d’immigration depuis 2008. La demanderesse principale a indiqué dans l’affidavit qu’elle a déposé devant la SPR dans le cadre de la procédure d’annulation qu’elle [TRADUCTION] « n’avait pas été informée que l’Agence des services frontaliers du Canada avait l’intention d’annuler le statut de réfugié [des demandeurs] au sens de la Convention jusqu’à ce qu’une demande d’annulation soit déposée en avril 2018 ».

B. Procédure d’annulation et contrôle judiciaire

[14] Le 28 avril 2018, le ministre a déposé sa demande d’annulation du statut de réfugié des demandeurs en application de l’article 109 de la LIPR.

[15] Subsection 109(1) of IRPA provides that the RPD “may, on application by the Minister, vacate a decision to allow a claim for refugee protection, if it finds that the decision was obtained as a result of directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to a relevant matter.” Under subsection 109(2) of IRPA, the RPD may reject the vacation application “if it is satisfied that other sufficient evidence was considered at the time of the first determination to justify refugee protection.”

[16] Prior to the RPD vacation hearing on May 9, 2019, the Applicants’ counsel indicated that they intended to argue that the Minister’s delay in bringing the application to vacate was an abuse of process that should result in a stay of the vacation proceeding. Applicants’ counsel filed an affidavit from the Principal Applicant conceding that she had misrepresented in the original refugee claim. The Principal Applicant also explained the context in which she made the false representations and provided basic information about her and her children’s establishment in Canada during the years since immigration officials discovered the misrepresentation.

[17] At the hearing on May 9, 2019, none of the Applicants were called to testify by their counsel, the Minister’s Counsel, or the RPD Member. The hearing was limited to counsels’ submissions on the abuse of process argument. Following counsels’ submissions, the RPD Member set out a schedule for receiving further written submissions on the merits of the vacation application, and specifically on subsection 109(2) which asks whether there was anything remaining from the initial refugee claim that was untainted by the misrepresentation that could justify refugee protection. Applicants’ counsel provided written submissions on this issue, arguing that the Applicants’ identities as Tamils from northern Sri Lanka were left untainted by the misrepresentations and given the country condition evidence at the time of the original refugee hearing, refugee protection could still be justified under subsection 109(2). Minister’s Counsel provided reply submissions, arguing that the Applicants’ identities were also tainted by the misrepresentation.

[15] Aux termes du paragraphe 109(1) de la LIPR, la SPR « peut, sur demande du ministre, annuler la décision ayant accueilli la demande d’asile résultant, directement ou indirectement, de présentations erronées sur un fait important quant à un objet pertinent, ou de réticence sur ce fait ». Aux termes du paragraphe 109(2) de la LIPR, la SPR peut rejeter la demande d’annulation « si elle estime qu’il reste suffisamment d’éléments de preuve, parmi ceux pris en compte lors de la décision initiale, pour justifier l’asile ».

[16] Avant l’audition de la demande d’annulation par la SPR, le 9 mai 2019, l’avocat des demandeurs a indiqué qu’il avait l’intention de faire valoir que le délai de présentation de la demande d’annulation du ministre constituait un recours abusif qui devrait se traduire par la suspension de la procédure d’annulation. Il a présenté un affidavit de la demanderesse principale dans lequel elle reconnaissait qu’elle avait dissimulé des faits dans sa demande d’asile initiale. La demanderesse principale a également expliqué le contexte dans lequel elle a fait ces fausses déclarations et a fourni les renseignements de base sur son établissement au Canada et celui de ses enfants durant les années qui ont suivi la découverte de ses fausses déclarations par les agents d’immigration.

[17] À l’audience du 9 mai 2019, aucun des demandeurs n’a été convoqué pour témoigner par leur avocat, l’avocate du ministre ou le commissaire de la SPR. L’audience s’est limitée aux observations des avocats sur l’argument fondé sur le recours abusif. Après les observations des avocats, le commissaire de la SPR a établi un calendrier pour recevoir d’autres observations écrites sur le bien-fondé de la demande d’annulation, tout particulièrement au sens du paragraphe 109(2) demandant s’il reste suffisamment d’éléments dans la demande d’asile initiale qui n’ont pas été viciés par les fausses déclarations pour justifier l’asile. L’avocat des demandeurs a fourni des observations écrites sur cette question, en faisant valoir que l’identité des demandeurs en tant que Tamouls du nord du Sri Lanka était demeurée non viciée par les fausses déclarations et qu’au vu des éléments de preuve sur la situation qui régnait dans le pays au moment de l’audition de la demande d’asile initiale, l’asile pouvait toujours être justifié en application du paragraphe 109(2). L’avocate du ministre a répondu à ces observations en faisant valoir que l’identité des demandeurs était également viciée par les fausses déclarations.

[18] The vacation hearing resumed at the RPD on August 21, 2019. The RPD Member read out their decision finding that though the delay in bringing the application to vacate had been inordinate and was not explained, the Applicants had not established they would face significant prejudice. After hearing further submissions from the Applicants' counsel, the RPD Member also provided their determination on the merits of the vacation application. The RPD Member found that the Applicants' identities were also tainted by the misrepresentation and therefore there was no basis to justify refugee protection. The RPD Member granted the Minister's application to vacate the Applicants' Convention refugee status.

[19] On judicial review, the Applicants challenged both the abuse of process finding and the vacation determination under subsection 109(2) of IRPA. After I heard the judicial review, the Supreme Court of Canada released its decision in *Law Society of Saskatchewan v. Abrametz*, 2022 SCC 29, 470 D.L.R. (4th) 328 (*Abrametz*). I requested further submissions from the parties on the relevance of the decision to this matter. Both parties provided lengthy submissions on this issue that I have considered in coming to my determination.

III. Issues and Standard of Review

[20] The determinative issue on judicial review is whether it was an abuse of process for the RPD to proceed with hearing the Minister's vacation application given the Minister's delay.

[21] In *Abrametz*, the Supreme Court of Canada reaffirmed that an abuse of process due to administrative delay is a question of procedural fairness, noting that "decision makers have, as a corollary to their duty to act fairly, the power to assess allegedly abusive delay" (*Abrametz*, at paragraph 38, citing *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307 (*Blencoe*), at paragraphs 105–107 and 121; Guy Régimbald, *Canadian Administrative Law*, 3rd ed. (Toronto: LexisNexis Canada, 2021), at pages 344–350; Patrice Garant, Philippe Garant & Jérôme Garant, *Droit administratif*, 7th ed. (Cowansville, QC: Yvon-Blais, 2017), at pages 766–767).

[18] L'audition de la demande d'annulation a repris à la SPR le 21 août 2019. Le commissaire de la SPR a lu sa décision concluant que, bien que le délai de présentation de la demande d'annulation soit excessif et qu'il demeure inexpliqué, les demandeurs n'ont pas établi qu'ils subiraient un préjudice important. Après avoir entendu les observations supplémentaires de l'avocat des demandeurs, le commissaire de la SPR a également fait part de sa décision sur le bien-fondé de la demande d'annulation. Le commissaire de la SPR a conclu que l'identité des demandeurs était également viciée par les fausses déclarations et que, par conséquent, rien ne justifiait l'asile. Le commissaire de la SPR a accueilli la demande du ministre d'annuler le statut de réfugié des demandeurs au sens de la Convention.

[19] Dans le présent contrôle judiciaire, les demandeurs ont contesté la conclusion sur le recours abusif et la décision d'annulation en application du paragraphe 109(2) de la LIPR. Après l'audition du présent contrôle judiciaire, la Cour suprême du Canada a rendu l'arrêt *Law Society of Saskatchewan c. Abrametz*, 2022 CSC 29 (*Abrametz*). J'ai demandé aux parties de présenter d'autres observations sur la pertinence de cet arrêt en l'espèce. Les deux parties ont fourni sur cette question de longues observations dont j'ai tenu compte pour arriver à ma décision.

III. Questions en litige et norme de contrôle

[20] La question déterminante soulevée dans le présent contrôle judiciaire consiste à déterminer si l'audition de la demande d'annulation du ministre par la SPR constitue un recours abusif compte tenu du délai écoulé.

[21] Dans l'arrêt *Abrametz*, la Cour suprême du Canada a confirmé qu'un recours abusif dû à un retard administratif est une question d'équité procédurale et a noté que « les décideurs administratifs possèdent, corollairement à leur devoir d'agir équitablement, le pouvoir d'examiner les allégations de délai abusif » (*Abrametz*, au paragraphe 38, renvoyant à l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307 (*Blencoe*), aux paragraphes 105–107 et 121; Guy Régimbald, *Canadian Administrative Law*, 3^e éd. (Toronto : LexisNexis Canada, 2021), aux paragraphes 344–350; Patrice Garant, Philippe Garant et

[22] *Abrametz* concerned abuse of process due to delay in an administrative proceeding where there was a statutory appeal mechanism. In that context, the Supreme Court of Canada held that appellate standards of review apply (*Abrametz*, at paragraph 27). The Court affirmed that, in making this finding, it did not depart from its previous holdings in the context of judicial review and prerogative writs in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 (*Khosa*) and *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502 (*Khela*) (*Abrametz*, at paragraph 28). Accordingly, I see no basis to depart from the usual standard applicable to questions of procedural fairness on judicial review: correctness or a review that is “‘best reflected in the correctness standard’ even though, strictly speaking, no standard of review is being applied” (*Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121 (*Canadian Pacific*), at paragraph 54). The question I need to ask is whether the procedure was fair in all the circumstances (*Khosa*, at paragraph 43; *Canadian Pacific*, at paragraph 54; *Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Immigration, Citizenship and Refugees)*, 2020 FCA 196, [2021] 1 F.C.R. 271, at paragraph 35).

[23] I acknowledge that there has been some divergence in our Court as to what standard of review applies to this issue, with some adopting the correctness/fairness standard (see *Naredo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2022 FC 1543, 91 Imm. L.R. (4th) 186, at paragraph 58; *Badran v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2022 FC 1292 (*Badran*), at paragraph 14; *Chabanov v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 73, 14 Admin. L.R. (6th) 141, at paragraph 23; *Ismaili v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FC 427, at paragraph 7; and *Pavicevic v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 997, 440 F.T.R. 45, at paragraph 29) and others applying a reasonableness standard (see *Cerna v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2021 FC 973 (*Cerna*), at paragraph 27; *B006 v. Canada*

Jérôme Garant, *Droit administratif*, 7^e éd. (Cowansville, QC : Yvon-Blais, 2017), aux paragraphes 766–767).

[22] L'affaire *Abrametz* concernait un recours abusif dû à un retard de procédure administrative incluant un mécanisme d'appel prévu par la loi. Dans ce contexte, la Cour suprême du Canada a conclu que les normes de contrôle en matière d'appel s'appliquaient (*Abrametz*, au paragraphe 27). La Cour a affirmé qu'en tirant cette conclusion, elle ne s'est pas écartée de ses décisions antérieures dans le contexte d'un contrôle judiciaire et de brefs de prérogative dans les arrêts *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 (*Khosa*) et *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502 (*Khela*) (*Abrametz*, au paragraphe 28). Par conséquent, je ne vois aucune raison de m'écarter de la norme habituelle applicable aux questions d'équité procédurale : une décision correcte ou un contrôle qui est [TRADUCTION] « “particulièrement bien reflété dans la norme de la décision correcte”, même si, à proprement parler, aucune norme de contrôle n'est appliquée » (*Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121 (*Canadien Pacifique*), au paragraphe 54). Pour moi, la question est de savoir si la procédure était juste compte tenu de toutes les circonstances (*Khosa*, au paragraphe 43; *Canadien Pacifique*, au paragraphe 54; *Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2020 CAF 196, [2021] 1 R.C.F. 271, au paragraphe 35).

[23] Je reconnais qu'il y a eu des divergences à la Cour quant à la norme de contrôle à appliquer à cette question, et dans une certaine mesure, à la norme de la décision correcte et de l'équité (voir la décision *Naredo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2022 CF 1543, au paragraphe 58; *Badran c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2022 CF 1292 (*Badran*), au paragraphe 14; *Chabanov c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 73, au paragraphe 23; *Ismaili c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CF 427, au paragraphe 7 et *Pavicevic c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 997, au paragraphe 29), et d'autres affaires concernant l'application de la norme de la décision raisonnable (voir *Cerna c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2021 CF 973 (*Cerna*), au paragraphe 27; *B006 c. Canada*

(*Citizenship and Immigration*), 2013 FC 1033, [2015] 1 F.C.R. 241 (*B006*), at paragraphs 35–36; and *Akram v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2021 FC 1024 (*Akram*), at paragraphs 17–18).

[24] In *Cerna*, this Court applied a reasonableness standard in the context of an abuse of process determination in a cessation proceeding at the RPD, but Justice Ahmed acknowledged that abuse of process as a breach of procedural fairness had not been argued or considered. Prior to *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653 (*Vavilov*), Justice Kane in *B006* noted that the parties agreed that the correctness standard applied to the articulation of the test for abuse of process and that the application of the test to the facts is a question of mixed fact and law, where reasonableness review applied. In *Akram*, like in *Cerna*, Justice Strickland found that whether an abuse of process had occurred could not be characterized as a general question of law of central importance to the legal system as a whole requiring correctness review. Justice Strickland also found, like Justice Kane in *B006*, that the determination as to whether an abuse of process had occurred was a question of mixed fact and law, and while it “is an aspect of procedural fairness,” the task on review was to consider the merits of the RPD vacation decision and therefore the presumption of reasonableness in *Vavilov* applied [*Akram*, at paragraph 18].

[25] I do not view an abuse of process determination as one relating to the merits of the vacation decision. Rather, I understand it to be strictly a procedural question of whether the RPD would bring the administration of justice into disrepute by proceeding with the vacation application where there has been delay in bringing the application. The question of whether the Minister met the standard required under section 109 of IRPA to vacate the Applicants’ Convention refugee status is a question on the merits, and there is no dispute that it would be subject to a reasonableness standard on judicial review (*Vavilov*, at paragraph 23). That the Court is reviewing the merits

(*Citoyenneté et Immigration*), 2013 CF 1033, [2015] 1 R.C.F. 241 (*B006*), aux paragraphes 35–36 et *Akram c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2021 CF 1024 (*Akram*), aux paragraphes 17–18).

[24] Dans la décision *Cerna*, notre Cour a appliqué la norme de la décision raisonnable dans le contexte d’une décision de recours abusif dans une procédure de perte d’asile à la SPR, mais le juge Ahmed a reconnu que le recours abusif en tant que question d’équité n’avait pas été débattu ou pris en considération. Avant l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (*Vavilov*), la juge Kane a noté dans la décision *B006* que les parties avaient reconnu que la norme de la décision correcte s’appliquait à la formulation du critère juridique pour le recours abusif et que l’application du critère juridique était une question de droit et de fait lorsque la norme de la décision raisonnable s’applique. Dans la décision *Akram*, comme dans la décision *Cerna*, la juge Strickland a estimé que la question de savoir s’il y avait eu un recours abusif ne peut pas être considérée comme étant une question de droit générale d’importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, qui nécessite un contrôle selon la norme de la décision correcte. La juge Strickland a également estimé que dans la décision *B006*, la question de savoir s’il y avait eu recours abusif était une question de droit et de fait, et que cela constitue un « des aspects de l’équité procédurale », il s’agissait de statuer sur le bien-fondé de la décision d’annulation de la SPR et que, par conséquent, la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable suivant l’arrêt *Vavilov* s’appliquait [*Akram*, au paragraphe 18].

[25] Je ne considère pas que la décision concernant le recours abusif touche au bien-fondé de la décision d’annulation. J’estime plutôt qu’il s’agit purement d’une question de procédure visant à déterminer si la SPR jetterait le discrédit sur l’administration de la justice en traitant la demande d’annulation compte tenu du délai écoulé avant la présentation de la demande. La question de savoir si le ministre s’est conformé à la norme requise en application de l’article 109 de la LIPR pour annuler le statut de réfugié des demandeurs au sens de la Convention est une question sur le fond, et nul ne conteste qu’elle serait assujettie à la norme de la décision raisonnable en

of the decision on the basis of its reasonableness does not stop it from also considering whether another aspect of the decision was unfair. As noted by Justice Rennie in *Canadian Pacific*, the Supreme Court of Canada in *Khela* found that:

... the ability to challenge a decision on the basis that it is unreasonable does not necessarily change the standard of review that applies to other flaws in the decision or in the decision-making process. For instance, the standard for determining whether the decision maker complied with the duty of procedural fairness will continue to be “correctness”.

[*Canadian Pacific*, at paragraph 53, citing *Khela*, at paragraph 79.]

[26] I further note that the Supreme Court of Canada in *Abrametz* found [at paragraph 30] that “whether there has been an abuse of process is a question of law.” I do not view this characterization as a reference only to the articulation of the test for determining an abuse of process, but rather about whether an abuse of process had occurred.

[27] In coming to its determination as to whether it would be an abuse of process to proceed with hearing the vacation application, the RPD made findings of fact with respect to delay and prejudice. That there may be deference shown to these findings of fact does not change the standard of review to be applied. As Justice McHaffie recently explained in *Iwekaeze v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2022 FC 814, at paragraph 12:

Within the procedural fairness approach, deference may be given to a tribunal in its procedural choices: *Canadian Pacific* at paras 41–46. This is also true for any findings of fact that are relevant to the procedural issues. However, this does not change the standard of review as a general matter: *Canadian Pacific* at paras 41–46.

[28] Ultimately, in reviewing the abuse of process determination, I understand that I am charged with determining whether it was fair for the RPD to proceed with hearing the vacation application given the Minister’s delay. As

contrôle judiciaire (*Vavilov*, au paragraphe 23). Le fait que la Cour examine le bien-fondé de la décision sur la base de son caractère raisonnable ne l’empêche pas de chercher également à déterminer si un autre aspect de la décision était injuste. Comme l’a observé la juge Rennie dans l’arrêt *Canadien Pacifique*, la Cour suprême du Canada, dans l’arrêt *Khela* a conclu que :

... la possibilité de contester une décision au motif qu’elle est déraisonnable ne change pas nécessairement la norme de révision applicable aux autres lacunes de la décision ou du processus décisionnel. Par exemple, la norme applicable à la question de savoir si la décision a été prise dans le respect de l’équité procédurale sera toujours celle de la « décision correcte ».

[*Canadien Pacifique*, au paragraphe 53, citant *Khela*, au paragraphe 79.]

[26] Je note également que, dans l’arrêt *Abrametz*, la Cour suprême du Canada a conclu [au paragraphe 30] que « [l]a question de savoir s’il y a eu abus de procédure est une question de droit ». J’estime que cette caractérisation ne renvoie pas seulement à la formulation du critère pour déterminer si cela constitue un recours abusif, mais plutôt pour déterminer s’il y a eu recours abusif.

[27] En décidant si ce serait un recours abusif de procéder à l’audition de la demande d’annulation, la SPR a tiré une conclusion de faits concernant le délai et le préjudice. Faire preuve de déférence à l’égard de ces conclusions de fait ne change pas la norme de contrôle à appliquer. Comme le juge McHaffie l’a récemment expliqué dans la décision *Iwekaeze c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2022 CF 814, au paragraphe 12 :

Dans le cadre de l’approche relative à l’équité procédurale, on peut faire preuve de déférence à l’égard du choix fait par le tribunal en matière de procédure : *Canadien Pacifique*, aux para 41–46. Il en va aussi de même pour toutes les conclusions de fait qui se rapportent aux questions de procédure. Cependant, cela ne change pas la norme de contrôle applicable de façon générale : *Canadien Pacifique*, aux para 41–46.

[28] En fin de compte, lorsque j’examine la décision relative au recours abusif, j’estime que je suis chargée de déterminer s’il était juste pour la SPR de procéder à l’audition de la demande d’annulation compte tenu du

Justice Dickson [as he then was] explained in *Martineau v. Matsqui Institution*, [1980] 1 S.C.R. 602, 1979 CanLII 184, cited in *Blencoe*, at paragraph 105: “In the final analysis, the simple question to be answered is this: Did the tribunal on the facts of the particular case act fairly toward the person claiming to be aggrieved?”

IV. Analysis

A. *Abuse of Process Due to Delay*

[29] Abuse of process is a broad and flexible concept that applies in various contexts, including administrative ones (*Abrametz*, at paragraphs 34–35). Abuse of process “aims to prevent unfairness by precluding ‘abuse of the decision-making process’” (*Abrametz*, at paragraph 36, citing *British Columbia (Workers’ Compensation Board) v. Figliola*, 2011 SCC 52, [2011] 3 S.C.R. 422, at paragraph 34 and *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, at paragraph 20).

[30] There was no allegation that the delay in this case caused unfairness in the RPD hearing. Like *Abrametz*, at issue is whether there was an abuse of process because “significant prejudice has come about due to inordinate delay” (*Abrametz*, at paragraph 42, citing *Blencoe*, at paragraphs 122 and 132). The Supreme Court of Canada in *Abrametz* held that in the administrative context, where delay has not affected the fairness of the hearing, the following three steps determine whether the delay amounts to an abuse of process (*Abrametz*, at paragraph 101):

1. First, the delay must be inordinate. This is determined on an assessment of the context overall, including the nature and purpose of the proceedings, the length and causes of the delay, and the complexity of the facts and issues in the case; and
2. Second, the delay itself must have caused significant prejudice;

délai de présentation de la demande du ministre. Comme l’a expliqué le juge Dickson [plus tard juge en chef] dans l’arrêt *Martineau c. Comité de discipline de l’Institut de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, 1979 CanLII 184, cité dans l’arrêt *Blencoe*, au paragraphe 105 : « En conclusion, la simple question à laquelle il faut répondre est celle-ci : compte tenu des faits de ce cas particulier, le tribunal a-t-il agi équitablement à l’égard de la personne qui se prétend lésée »?

IV. Discussion

A. *Recours abusif dû au délai écoulé*

[29] Le recours abusif est une notion générale et souple qui s’applique à différents contextes, y compris les contextes administratifs (*Abrametz*, aux paragraphes 34–35). Le recours abusif « vise à prévenir l’iniquité en empêchant “les recours abusifs” » (*Abrametz*, au paragraphe 36, renvoyant à l’arrêt *Colombie-Britannique (Workers’ Compensation Board) c. Figliola*, 2011 CSC 52, [2011] 3 R.C.S. 422, au paragraphe 34 et à l’arrêt *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, au paragraphe 20).

[30] Nul n’a tenté de faire valoir que le délai écoulé, dans cette affaire, a causé un manque d’équité de l’audience de la SPR. Comme dans l’arrêt *Abrametz*, la question en litige est de savoir s’il y a eu recours abusif, car « un préjudice important a été causé en raison d’un délai excessif » (*Abrametz*, au paragraphe 42, renvoyant à l’arrêt *Blencoe*, aux paragraphes 122 et 132). Dans l’arrêt *Abrametz*, la Cour suprême du Canada a conclu que, dans le contexte administratif, lorsque le délai n’a pas d’incidence sur l’équité de l’audience, les trois étapes suivantes permettent de déterminer si le délai constitue un recours abusif (*Abrametz*, au paragraphe 101) :

1. Premièrement, le délai doit être excessif. Cette détermination se fait en appréciant le contexte dans son ensemble, y compris la nature et l’objet des procédures, la longueur et les causes du délai ainsi que la complexité des faits de l’affaire et des questions en litige.
2. Deuxièmement, le délai lui-même doit avoir causé un préjudice important.

3. When these two requirements are met, the court or tribunal should conduct a final assessment as to whether abuse of process is established. This will be so when the delay is manifestly unfair to a party to the litigation or in some other way brings the administration of justice into disrepute.

[31] This articulation of the test for establishing an abuse of process where delay did not affect hearing fairness is consistent with the Supreme Court of Canada's earlier decision in *Blencoe* (*Blencoe*, at paragraph 115; *Badran*, at paragraph 33).

(1) Inordinate Delay

[32] The Applicants argued before the RPD that the period of delay is calculated from when immigration officials first recommended that the Minister seek to vacate the Applicants' status in June 2008 to when the Minister filed the application to vacate at the RPD in April 2018. The Applicants argued that the Minister had sufficient information to proceed in 2008 with the vacation application and that there was no new information provided subsequently that affected the Minister's decision to proceed.

[33] At the RPD, Minister's Counsel did not argue that this was the wrong period of delay to consider. Minister's Counsel stated in their submissions at the RPD hearing that they had no specific explanation for this delay, other than that it generally can be busy. No evidence was filed with respect to the Minister's activities on the Applicants' file between 2008 until the vacation application was filed in 2018.

[34] The RPD considered the period of delay as from the June 2008 email indicating that a vacation application would be requested to when the Minister filed the application to vacate at the RPD in April 2018. It found that this period was approximately nine years and ten months. The RPD found that "the Minister has not provided adequate reasons for why it took nine years to bring forward this application" and that "while there is no evidence or allegation that the Minister was acting in bad faith or making some sort of calculated move, I

3. Lorsque ces deux conditions sont réunies, le tribunal judiciaire ou administratif doit procéder à une évaluation finale afin de déterminer si l'abus de procédure a été établi. L'abus de procédure est établi si le délai est manifestement injuste envers une partie ou s'il déconsidère d'une autre manière l'administration de la justice.

[31] Cette formulation du critère pour établir qu'il y a recours abusif lorsque le délai n'a aucune incidence sur l'équité de l'audience correspond à la décision antérieure de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Blencoe* (*Blencoe*, au paragraphe 115; *Badran*, au paragraphe 33).

1) Délai excessif

[32] Les demandeurs ont fait valoir devant la SPR que le délai est calculé à partir de la date à laquelle les agents d'immigration ont initialement recommandé que le ministre annule le statut des demandeurs en juin 2008 et prend fin à la date à laquelle le ministre a présenté la demande d'annulation à la SPR en avril 2018. Ils ont soutenu que le ministre détenait suffisamment d'information en 2008 pour satisfaire à la demande d'annulation et qu'aucune nouvelle information pouvant influencer sur la décision du ministre de présenter la demande n'a été fournie par la suite.

[33] À la SPR, l'avocate du ministre n'a pas fait valoir que ce délai n'était pas celui dont il fallait tenir compte. Elle a affirmé dans les observations qu'elle a faites à l'audience de la SPR qu'il n'avait pas d'explication particulière pour ce délai, autre qu'il y avait en général beaucoup de travail. Aucun élément de preuve n'a été déposé concernant les activités du ministre sur le dossier des demandeurs entre 2008 et le dépôt de la demande d'annulation en 2018.

[34] La SPR a estimé que le délai allait de la date de l'envoi du courriel, en juin 2008, indiquant qu'une demande d'annulation serait soumise, à la date à laquelle le ministre a déposé la demande d'annulation auprès de la SPR, en avril 2018. Elle a estimé que ce délai était de près de neuf ans et dix mois. La SPR a conclu que [TRADUCTION] « le ministre n'a pas fourni de raisons valables pour expliquer les neuf années écoulées avant la présentation de cette demande » et que [TRADUCTION] « bien qu'il n'y ait aucune preuve ou allégation selon laquelle le

do nonetheless find that a period of approximately nine years does constitute delay that is unacceptable.”

[35] I agree with the RPD’s assessment of the delay. I reach the same conclusion when considering the delay in relation to the non-exhaustive list of contextual factors set out in *Abrametz* for determining whether delay is inordinate: (a) the nature and purpose of the proceedings; (b) the length and causes of the delay; and (c) the complexity of the facts and issues in the case.

[36] In support of its vacation application, the Minister relied on essentially the same information that it had already known approximately 10 years before, just five weeks after the Applicants’ refugee claim had been accepted. There is no explanation for the Minister’s failure to act sooner. There is no information provided about the Minister’s activities on the file in the intervening years. The misrepresentations in the original refugee claim were conceded either when they were first discovered by immigration officials or very shortly after. Similar to this Court’s finding in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Parekh*, 2010 FC 692, [2012] 1 F.C.R. 169, at paragraph 56, “nothing in the circumstances of the case justifie[s... the delay.]” In these circumstances, I conclude the Minister’s delay is inordinate.

[37] On judicial review, the Respondent does not challenge the RPD’s finding about the extent of the Minister’s delay. Instead, the Respondent raises a new argument not put forward before the RPD, namely, that the delay the Applicants raise is not one the RPD can address because it was not the RPD’s own delay. The Respondent’s position is that the only delay the RPD could consider is its own delay in holding a hearing and rendering a decision on the Minister’s application. The Respondent says that because the Applicants were not complaining of the RPD’s delay, there was in turn no basis for an abuse of process finding. The Respondent further argues that because the Applicants complain about the Minister’s delay and not the RPD’s delay, “the abuse of process principles the Supreme Court enunciated in *Blencoe* and reaffirmed

ministre aurait agi de mauvaise foi ou avec une intention bien précise, j’estime néanmoins que ce délai de près de neuf ans est inacceptable ».

[35] Je souscris à la conclusion de l’évaluation du délai de la SPR. J’en arrive à la même conclusion lorsque j’examine le délai relatif à la liste non exhaustive des facteurs contextuels énoncés dans l’arrêt *Abrametz* pour déterminer si le délai est excessif : a) la nature et l’objet des procédures; b) la longueur et les causes du délai; c) la complexité des faits de l’affaire et des questions en litige.

[36] Pour appuyer sa demande d’annulation, le ministre s’est essentiellement appuyé sur les informations dont il avait déjà pris connaissance cinq semaines à peine après que la demande d’asile des demandeurs a été acceptée, il y a dix ans environ. Rien n’explique le fait que le ministre n’a pas agi plus tôt. Aucune information n’a été fournie sur les activités du ministre exécutées entre-temps sur le dossier. Les fausses déclarations contenues dans la demande d’asile initiale ont été admises quand elles ont été découvertes pour la première fois par les agents d’immigration, ou très peu de temps après. Les conclusions sont comparables à celles de notre Cour dans la décision *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Parekh*, 2010 CF 692, [2012] 1 R.C.F. 169, au paragraphe 56, « [r]ien dans les circonstances de l’espèce ne [...] justifiait [ce délai] ». Dans ces circonstances, je conclus que le délai d’intervention du ministre est excessif.

[37] Pour ce qui est du contrôle judiciaire, le défendeur ne conteste pas la conclusion de la SPR sur la longueur du délai d’intervention du ministre. Il soulève plutôt un nouvel argument qui n’a pas été présenté devant la SPR, à savoir que le délai mentionné par les demandeurs n’est pas celui dont la SPR peut tenir compte parce qu’il ne s’agissait pas de son propre délai. Selon le défendeur, le seul délai dont la SPR pourrait tenir compte est le délai dans lequel elle a elle-même tenu une audience et rendu une décision à la demande du ministre. C’est ce qu’affirme le défendeur parce que les demandeurs ne se sont pas plaints du délai de la SPR; il n’y avait donc aucun motif justifiant une conclusion de recours abusif. Le défendeur soutient également que les demandeurs se plaignent du délai du ministre et non du délai de la SPR,

in *Abrametz* fall outside the scope of the Applicants' complaint."

[38] I will address this argument to some extent, despite it not being raised before the RPD, because the Respondent suggests that *Abrametz*, a decision rendered after the RPD decision, confirms the Respondent's position. I do not agree.

[39] The Respondent's argument relies on the following statement from *Abrametz*: "When assessing the actual time period of delay, the starting point should be when the administrative decision maker's obligations, as well as the interests of the public and the parties in a timely process are engaged. It should end when the proceeding is completed, including the time taken to render a decision" (*Abrametz*, at paragraph 58).

[40] This statement has to be read in its complete context. It is found at the end of paragraph 58 of *Abrametz* which begins: "The duty to be fair is relevant at all stages of administrative proceedings, including the investigative stage." In *Abrametz*, the investigative stage consisted of the Law Society of Saskatchewan's pre-charge investigation of Mr. Abrametz's financial records. As an administrative body, the Law Society of Saskatchewan was responsible for conducting the investigation, issuing a formal complaint containing the charges, hearing the allegations, and deciding the case brought against Mr. Abrametz.

[41] As noted above, the Supreme Court of Canada emphasized that the concept of abuse of process is a broad and flexible one, which can arise in a multitude of circumstances. I do not see the referenced statement in *Abrametz* as narrowly restricting the application of the abuse of process doctrine in the manner suggested by the Respondent. In my view, paragraph 58 of *Abrametz*, and its confirmation that the investigation phase prior to bringing a specific charge against Mr. Abrametz is included as part of

[TRANSLATION] « les principes du recours abusif énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt *Blencoe* et confirmés dans l'arrêt *Abrametz* ne s'appliquent pas à la plainte des demandeurs ».

[38] Je discuterai de cet argument dans une certaine mesure, bien qu'il n'ait pas été soulevé devant la SPR, parce que le défendeur soutient que l'arrêt *Abrametz*, une décision rendue après la décision de la SPR, confirme sa thèse. Je ne suis pas d'accord.

[39] L'argument du défendeur s'appuie sur la déclaration suivante tirée de l'arrêt *Abrametz* : « Aux fins de détermination de la longueur véritable d'un délai, le point de départ est le moment où entrent en jeu les obligations du décideur administratif ainsi que l'intérêt du public et des parties à un processus se déroulant dans les meilleurs délais. Le point final est le moment où la procédure est terminée, ce qui inclut le temps pris pour rendre la décision » (*Abrametz*, au paragraphe 58).

[40] Cet énoncé doit être lu dans l'intégralité de son contexte. Il figure à la fin du paragraphe 58 de l'arrêt *Abrametz* qui commence comme suit : « L'obligation d'équité est pertinente à toutes les étapes des procédures administratives, y compris à l'étape de l'enquête ». Dans l'affaire *Abrametz*, cette étape de l'enquête consistait en l'enquête antérieure au dépôt des accusations menée par la Law Society of Saskatchewan à l'égard des dossiers financiers de M. Abrametz. En tant qu'organisme administratif, la Law Society of Saskatchewan était chargée de mener l'enquête, de déposer une plainte officielle contenant les chefs d'accusation, de mener l'audience relative aux allégations et de statuer sur la procédure engagée contre M. Abrametz.

[41] Comme je l'ai noté plus haut, la Cour suprême du Canada a souligné que le recours abusif est une notion générale et souple, qui peut se produire dans une multitude de circonstances. Je ne pense pas que l'énoncé dont il est fait référence dans l'arrêt *Abrametz* limite le principe du recours abusif d'une façon aussi restrictive que l'a soutenu le défendeur. À mon avis, le paragraphe 58 de l'arrêt *Abrametz*, et sa confirmation que l'étape de l'enquête précédant le dépôt d'une accusation particulière

the delay period, supports the Applicants' and the RPD's characterization of the delay in this case.

[42] Unlike the Law Society of Saskatchewan, the RPD does not generally perform an investigative function. It is the Minister who is charged with bringing a vacation application to the RPD under section 109 of IRPA. The Minister is responsible in this scheme for investigating a misrepresentation in a refugee claim and deciding whether to bring an application to vacate to the RPD. The Minister's conduct in investigating a possible misrepresentation is not immune from scrutiny and is subject, like all administrative actors, to the duty of fairness. As stated by Justice Le Dain in the often-cited *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, 1985 CanLII 23, at page 653 [paragraph 14]: "there is, as a general common law principle, a duty of procedural fairness lying on every public authority making an administrative decision which is not of a legislative nature and which affects the rights, privileges or interests of an individual".

[43] The RPD has to decide whether it would be an abuse of process for it to hear the Minister's application in light of the inordinate delay in bringing the application. To adopt the Respondent's position would strip an RPD Member of the ability to refuse to hear an application that was brought in an unjust or unfair manner. This is inconsistent with the RPD's power to control its own proceeding (*Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Najafi*, 2019 FC 594, [2019] 3 F.C.R. 107, at paragraph 15, citing IRPA, section 162) and with the broad and flexible nature of the doctrine of abuse of process (*Abrametz*, at paragraphs 34–35; *Blencoe*, at paragraph 144).

(2) Significant Prejudice

[44] The Supreme Court of Canada in *Abrametz* reaffirmed that inordinate delay on its own is insufficient to find an abuse of process. Significant prejudice to an individual that is a direct result of the delay is also required (*Abrametz*, at paragraph 67; *Blencoe*, at paragraph 101).

contre M. Abrametz fait partie du délai, appuie la qualification du délai faite par les demandeurs et la SPR en l'espèce.

[42] Contrairement à la Law Society of Saskatchewan, la SPR n'exécute généralement aucune fonction d'enquête. C'est le ministre qui est chargé de présenter une demande d'annulation à la SPR en application de l'article 109 de la LIPR. Dans ce régime, le ministre est chargé de faire enquête sur les fausses déclarations contenues dans les demandes d'asile et de déterminer s'il y a lieu de présenter une demande d'annulation à la SPR. Toute enquête menée par le ministre sur de fausses déclarations potentielles peut faire l'objet d'un examen et est soumise, comme c'est le cas avec toutes les instances administratives, à l'obligation d'équité. Comme l'a déclaré le juge Le Dain dans ce passage, souvent cité, de l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, 1985 CanLII 23, à la page 653 [paragraphe 14] : « à titre de principe général de common law, une obligation de respecter l'équité dans la procédure incombe à tout organisme public qui rend des décisions administratives qui ne sont pas de nature législative et qui touchent les droits, privilèges ou biens d'une personne ».

[43] La SPR doit décider si l'audition de la demande du ministre constituerait un recours abusif, compte tenu du délai excessif de la présentation de la demande. Adopter la thèse du défendeur ôterait aux commissaires de la SPR la capacité de refuser d'entendre une demande qui a été présentée de façon injuste ou inéquitable. Cela va à l'encontre de l'autorité de la SPR de gérer ses propres instances (*Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Najafi*, 2019 CF 594, [2019] 3 R.C.F. 107, au paragraphe 15, renvoyant à la LIPR, article 162) et de la nature générale et souple de la notion du recours abusif (*Abrametz*, aux paragraphes 34–35 et *Blencoe*, au paragraphe 144).

2) Préjudice important

[44] Dans l'arrêt *Abrametz*, la Cour suprême du Canada a confirmé que le seul délai excessif ne suffit pas pour établir un recours abusif. Il faut également que le préjudice causé à la personne soit important et résulte directement du délai (*Abrametz*, au paragraphe 67; *Blencoe*, au paragraphe 101).

[45] Before the RPD, the Applicants identified two grounds of prejudice caused by the Minister's delay in bringing the vacation application: legislative change and family integration in Canada.

[46] First, the Applicants argued that they were deprived of a procedural safeguard due to a legislative change during the delay period. In 2012, Parliament amended section 25 of IRPA to impose a one-year bar on applications for permanent residence based on humanitarian and compassionate grounds (H & C Application) following a negative refugee determination. The Applicants argued that they could be at risk of removal in that one-year period and that prior to the legislative amendments in 2012 they could have accessed an H & C Application without waiting the one-year period.

[47] I am of the view that the Applicants have not made out significant prejudice on this ground. As noted by the RPD, there is an exception to the one-year bar for applicants whose removal would have an adverse effect on the best interests of a child directly affected (IRPA, paragraph 25(1.21)(b)). Given that at the time of the RPD hearing, one of the Applicants was a child, the prejudice is not clear. Further, as the Applicants now concede, the one-year bar on applying for a Pre-Removal Risk Assessment does not apply to those whose refugee status is vacated (IRPA, subparagraph 112(2)(b.1)(i)).

[48] The second ground identified for prejudice is the family's integration in Canada, including the formative childhood years of the Principal Applicant's children, during the period of the Minister's delay. It is on this basis, family integration, that I find the Minister's inordinate delay has caused significant prejudice to the Applicants.

[49] The Applicants' counsel specifically argued at the RPD that the Principal Applicant's children, who came to Canada at the ages of 4, 8, and 12, faced a unique prejudice because of the delayed vacation proceedings, after having lived their childhood in Canada. At the time that

[45] Devant la SPR, les demandeurs ont établi deux motifs de préjudice causés par le délai de présentation de la demande d'annulation par le ministre : les modifications législatives et l'intégration de la famille dans la société canadienne.

[46] Tout d'abord, les demandeurs ont soutenu qu'ils avaient été privés d'une garantie procédurale en raison d'une modification législative qui a été apportée durant le délai. En 2012, le législateur a modifié l'article 25 de la LIPR pour imposer un délai d'un an sur les demandes de résidence permanente fondées sur des motifs d'ordre humanitaire après le rejet de la demande d'asile. Les demandeurs ont soutenu qu'ils couraient un risque de renvoi pendant cette période d'un an, et qu'avant les modifications législatives, en 2012, ils auraient pu déposer une demande de résidence permanente fondée sur des motifs d'ordre humanitaire sans avoir à attendre la période d'un an.

[47] Je suis d'avis que les demandeurs n'ont pas établi de préjudice important sur ce motif. Comme l'a noté la SPR, il existe une exception à la prescription d'un an pour les demandeurs dont le renvoi porterait atteinte à l'intérêt supérieur d'un enfant directement touché (LIPR, alinéa 25(1.21)b)). Attendu qu'à l'époque de l'audience de la SPR, l'un des demandeurs était un enfant, le préjudice n'est pas clair. De plus, comme l'admettent maintenant les demandeurs, la prescription d'un an qui s'applique à l'examen des risques avant renvoi ne s'applique pas aux personnes dont le statut de réfugié est annulé (LIPR, sous-alinéa 112(2)b.1)(i)).

[48] Le second motif établi pour le préjudice est l'intégration de la famille dans la société canadienne, y compris les années formatrices des enfants de la demanderesse principale qui se sont écoulées durant le délai d'intervention du ministre. J'estime que c'est sur ce motif, l'intégration de la famille, que le délai d'intervention du ministre a causé un préjudice important aux demandeurs.

[49] L'avocat des demandeurs a précisément fait valoir à la SPR que les enfants de la demanderesse principale, qui sont arrivés au Canada à l'âge de 4, 8 et 12 ans, ont subi un préjudice exceptionnel en raison de la tardiveté de la procédure d'annulation, après avoir vécu leur enfance

an immigration official stated that a vacation application would be sought, approximately five weeks after the Applicants' claim had been accepted, the children were 5, 9, and 13 years old and had lived in Canada for just over a year. By the time the Minister filed the vacation application, approximately 10 years later, the Principal Applicant's children had spent their formative years in Canada; the children were 15, 19, and 23 years old. The evidence before the RPD was that after years in Canada, the family had settled and integrated here. The Principal Applicant had a permanent full-time job at a car part company. Her youngest son was in a gifted program at a public high school; the middle son was attending a university in Toronto; and the eldest son was working full-time at a bank.

[50] The RPD's determination on this ground of prejudice is difficult to follow because it consists of a few generalized observations without making direct and specific findings in relation to this family's claim of prejudice. It is limited to the following statements:

Your counsel has submitted that in your case the four of you have now lived in Canada for several years and it is often the case where individuals living, being able to attend work or school in Canada for many years, is not itself necessarily viewed as a prejudice, but in some cases as a benefit to individuals who are able to establish themselves in Canada and enjoy the advantages that come with that.

It is also in some cases beneficial to have a lengthy period of establishment in Canada when it comes to making H and C applications. The benefit of being able to live in Canada, or study, etcetera, for several years does in some respect weigh against any prejudice that might be faced in that regard.

[51] Though argued before them, the RPD Member did not consider the unique impact of the delay on the Principal Applicant's children, who, of course, as minors played no part in the original misrepresentation.

au Canada. À l'époque où un agent d'immigration a déclaré qu'une demande d'annulation serait sollicitée, environ cinq semaines après que la demande d'asile des demandeurs a été acceptée, les enfants étaient âgés de 5, 9 et 13 ans et vivaient au Canada depuis plus d'un an. Lorsque le ministre a présenté la demande d'annulation, près de dix ans plus tard, les enfants de la demanderesse principale avaient passé leurs années formatrices au Canada; ils étaient alors âgés de 15, 19 et 23 ans. Selon la preuve présentée à la SPR, la famille, après des années passées au Canada, s'était établie et intégrée. La demanderesse principale avait un travail permanent à temps plein dans une entreprise de pièces automobiles. Son plus jeune fils était inscrit à un programme pour surdoués dans une école secondaire publique, son fils cadet étudiait dans une université de Toronto et son fils aîné travaillait à temps plein dans une banque.

[50] La décision de la SPR sur ce motif de préjudice est difficile à suivre parce qu'elle repose sur quelques observations générales sans établir de conclusions directes et précises en rapport avec l'allégation de préjudice de la famille. Elle se limite aux déclarations suivantes :

[TRADUCTION] Votre avocat a prétendu qu'en ce qui vous concerne, vous vivez tous les quatre depuis plusieurs années au Canada. Il arrive souvent que, lorsque les personnes vivent, peuvent travailler ou étudier au Canada pendant de nombreuses années, cela ne soit pas considéré nécessairement comme un préjudice, mais plutôt comme un avantage pour les personnes qui ont la possibilité de s'établir au Canada et tirer profit des avantages qui en découlent.

Dans certains cas, une longue période d'établissement au Canada est également bénéfique lorsqu'il s'agit de présenter des demandes fondées sur des motifs d'ordre humanitaire. L'avantage de pouvoir vivre ou étudier, etc., au Canada pendant plusieurs années contrebalance d'une certaine façon tout préjudice qui pourrait être subi.

[51] Bien que les demandeurs aient fait valoir l'impact particulier que le délai a eu sur les enfants de la demanderesse principale (qui, bien entendu, en tant que mineurs, n'ont joué aucun rôle dans les fausses déclarations initiales) devant le commissaire de la SPR, ce dernier n'en a pas tenu compte.

[52] There are two key questions I need to consider in evaluating the Applicants' prejudice claim based on family integration in these circumstances: (i) whether this aspect of the prejudice could be said to result directly from the Minister's delay; and (ii) whether the ability to stay in Canada during the delay period is better characterized as a benefit to the family instead of as evidence of significant prejudice.

[53] A direct connection between the inordinate delay and the significant prejudice claimed is required (*Abrametz*, at paragraph 68; *Blencoe*, at paragraph 133). Here, the risk of loss of status in Canada and deportation is a result of the Principal Applicant's serious misrepresentation in her refugee claim. This risk is not caused by the Minister's delay. However, in *Abrametz*, the Supreme Court of Canada explained that the abuse of process analysis must also take into account that "prejudice caused by the investigation of or proceedings against an individual can be exacerbated by inordinate delay" (*Abrametz*, at paragraph 68). What is at stake for this family has changed because of the Minister's excessive delay: the way the family experiences their risk of deportation, five weeks after a positive determination and after approximately a year in Canada, is of a different nature than their experience of this risk approximately 10 years later, after having integrated into Canadian life and particularly for the children, having grown up in Canada. This new dimension of the prejudice is a result of the Minister's delay.

[54] In *R. v. Wong*, 2018 SCC 25, [2018] 1 S.C.R. 696 (*Wong*), Chief Justice Wagner described the "serious life-changing consequences" facing those who are at risk of deportation after years of living in a country: "They may be forced to leave a country they have called home for decades. They may return to a country where they no longer have any personal connections, or even speak the language, if they emigrated as children. If they have family in Canada, they and their family members face dislocation or permanent separation" (*Wong*, at paragraph 72).

[52] Il y a deux questions essentielles dont je dois tenir compte dans l'évaluation de l'allégation de préjudice des demandeurs dans ces circonstances : (i) peut-on dire que cet aspect du préjudice résulte directement du délai d'intervention du ministre? (ii) la possibilité de rester au Canada durant ce délai constitue-t-elle un avantage pour la famille ou une preuve de préjudice important?

[53] Un lien direct entre le délai excessif et le préjudice important allégué doit être établi (*Abrametz*, au paragraphe 68; *Blencoe*, au paragraphe 133). En l'espèce, le risque de perte de statut au Canada et d'expulsion est le résultat des fausses déclarations graves que la demanderesse principale a faites dans sa demande d'asile. Ce risque n'est pas causé par le délai d'intervention du ministre. Toutefois, dans l'arrêt *Abrametz*, la Cour suprême du Canada a expliqué que la discussion sur le recours abusif doit aussi tenir compte du fait que le « préjudice causé à une personne par l'enquête ou les procédures dont elle fait l'objet peut être exacerbé par un délai excessif » (*Abrametz*, au paragraphe 68). L'enjeu pour cette famille a changé en raison du délai excessif d'intervention du ministre : la façon dont la famille a vécu le risque d'expulsion, cinq semaines après avoir reçu une décision favorable et près d'un an après être arrivée au Canada, est différente de la façon dont elle l'a ressenti environ dix ans plus tard, alors que la famille s'était intégrée à la société canadienne, tout particulièrement les enfants qui avaient grandi dans ce pays. Cette nouvelle dimension du préjudice est le résultat du délai d'intervention du ministre.

[54] Dans l'arrêt *R. c. Wong*, 2018 CSC 25, [2018] 1 R.C.S. 696 (*Wong*), le juge en chef Wagner a décrit les « conséquences graves », susceptibles de changer la vie, que subissent les personnes passibles d'expulsion alors qu'elles vivent depuis des années dans un pays : « Elles peuvent être contraintes de quitter un pays qui est le leur depuis des décennies ». Elles peuvent revenir dans un pays dans lequel elles ne connaissent plus personne, ou même dont elles ne parlent plus la langue si elles ont émigré alors qu'elles étaient enfants. « Si elles ont de la famille au Canada, ces personnes et leurs parents s'exposent à une rupture des liens qui les unissent ou à une séparation permanente » (*Wong*, au paragraphe 72).

[55] Canadian law recognizes the unique vulnerabilities of children in the way that they experience hardship and persecution, namely that “children may experience greater hardship than adults faced with a comparable situation” (*Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909 (*Kanthasamy*), at paragraph 41, citing *Kim v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 149, [2011] 2 F.C.R. 448, at paragraph 58). In the same way, where children are impacted by an administrative actor’s inordinate delay, their vulnerabilities as children need to be considered in evaluating whether the delay caused significant prejudice. For the Principal Applicant’s children, their formative years in Canada, and the connections they developed during those years, cannot be replaced as it is a unique time in their development. The connections made during this time are magnified in significance due to their development in childhood and therefore the risk of deportation imposes a heavier burden (*Kanthasamy*, at paragraph 58; *Sivalingam v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 1185, at paragraph 14).

[56] The next question is whether this sort of prejudice is in fact a benefit and therefore not a basis to argue there has been an abuse of process. Inordinate delay on its own without evidence of significant prejudice is insufficient because (i) it would be “tantamount to imposing a judicially created limitation period” (*Abrametz*, at paragraph 67; citing *Blencoe*, at paragraph 101); and (ii) because in some cases, the “delay by itself may be beneficial to the affected party” (*Abrametz*, at paragraph 67). The key takeaway after *Abrametz* remains that even where the delay has been inordinate, the particular circumstances of each case need to be examined before finding an abuse of process.

[57] The particular context here is quite different from the type of prejudice that might be complained of in a professional disciplinary case. *Abrametz* provided the following example of where inordinate delay could be considered a benefit for the affected person: “if the

[55] Le droit canadien reconnaît les faiblesses particulières des enfants qui font face aux difficultés et aux persécutions, à savoir que « l’enfant peut éprouver de plus grandes difficultés qu’un adulte aux prises avec une situation comparable » (*Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909 (*Kanthasamy*), au paragraphe 41, renvoyant à l’arrêt *Kim c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 149, [2011] 2 R.C.F. 448, au paragraphe 58). De la même façon, lorsque les enfants subissent l’impact d’un délai excessif d’une instance administrative, leurs faiblesses d’enfants doivent être prises en compte lorsqu’il s’agit de déterminer si le délai a causé un préjudice important. Les années formatrices que les enfants de la demanderesse principale ont passées au Canada et les relations qu’ils y ont établies durant ces années ne peuvent pas être remplacées, car il s’agit d’une période unique de leur développement. La signification de ces relations nouées durant ces années est amplifiée parce qu’elles font partie de leur phase de développement pendant l’enfance et le risque d’expulsion impose donc un fardeau plus lourd (*Kanthasamy*, au paragraphe 58; *Sivalingam c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 1185, au paragraphe 14).

[56] La question qu’il convient de se poser ensuite est de savoir si ce type de préjudice est en fait un avantage et ne constitue donc pas un motif permettant d’alléguer qu’il y a eu recours abusif. Le délai excessif à lui seul, sans preuve de préjudice important, est insuffisant pour les raisons suivantes : (i) cela « reviendrait à imposer une prescription d’origine judiciaire » (*Abrametz*, au paragraphe 67; renvoyant à l’arrêt *Blencoe*, au paragraphe 101); (ii) dans certains cas, « il arrive parfois que le délai soit lui-même bénéfique pour la partie touchée » (*Abrametz*, au paragraphe 67). La principale conclusion que l’on peut tirer après l’arrêt *Abrametz* demeure que, même dans les cas où le délai est excessif, les circonstances propres à chaque cas doivent être examinées avant d’établir un recours abusif.

[57] Le contexte particulier en l’espèce diffère de celui du préjudice qui pourrait être allégué dans une procédure disciplinaire professionnelle. L’arrêt *Abrametz* a fourni l’exemple suivant d’un délai excessif qui pourrait être considéré comme un avantage pour la personne

affected party is facing the penalty of disbarment, delay in the administrative process might be welcomed by the affected party, insofar as it enables him or her to continue practicing” (*Abrametz*, at paragraph 67).

[58] At first glance, this analysis could seem as though it would apply equally to the Applicants in this case. The Principal Applicant misrepresented in order to obtain status in Canada and the Minister’s delay in proceeding with the vacation application allowed her and her children to remain in Canada. The complexity here is that the benefit and the prejudice are tied together and directly proportional. As explained above, the family’s integration into Canada is the very basis of the prejudice they are claiming. The more the family becomes integrated in Canada, which could be considered a benefit to them, the greater the prejudice associated with their risk of deportation. The benefits to the family of remaining in Canada cannot be considered in isolation from the impact of the Minister’s delay and the resulting prejudice. Each case has to be examined on its own facts. In these circumstances, the inordinate delay resulting in the prejudice complained of by the Applicants cannot simply be deemed as beneficial to them.

[59] I find that the Applicants have shown that the Minister’s inordinate delay has resulted in significant prejudice.

(3) Abuse of Process Warranting a Stay of Proceeding

[60] Once inordinate delay and significant prejudice have been established, a final assessment is needed to determine whether an abuse of process can be found. I need to decide whether the “delay is manifestly unfair to the party to the proceedings or in some other way brings the administration of justice into disrepute” (*Abrametz*, at paragraph 72).

[61] I find the inordinate delay in this case is manifestly unfair to the Applicants and brings the administration of justice into disrepute. This case did not involve complex factual or legal issues, given that approximately

touchée : « si celle-ci est passible de radiation du barreau, elle pourrait accueillir favorablement les délais dans le déroulement des procédures administratives, dans la mesure où ils lui permettent de continuer à exercer » (*Abrametz*, au paragraphe 67).

[58] À première vue, cette analyse pourrait sembler s’appliquer également aux demandeurs en l’espèce. La demanderesse principale a fourni de fausses déclarations pour obtenir un statut au Canada, et le temps écoulé avant la présentation de la demande d’annulation du ministre lui a permis, à elle-même et à ses enfants, de rester au Canada. La complexité en l’espèce provient du fait que l’avantage et le préjudice sont liés et directement proportionnels. Comme je l’ai expliqué plus haut, l’intégration de la famille dans la société canadienne est le véritable motif du préjudice allégué. Plus la famille s’intègre, ce qui pourrait être considéré comme un avantage, plus le préjudice associé au risque d’expulsion est important. Les avantages pour la famille de rester au Canada ne peuvent pas être considérés comme indissociables de l’impact du délai d’intervention du ministre et du préjudice en résultant. Chaque cas doit être examiné en fonction des faits qui lui sont propres. Dans ces circonstances, le délai excessif qui a entraîné le préjudice allégué par les demandeurs ne peut pas être considéré simplement comme un avantage.

[59] Je conclus que les demandeurs ont montré que le délai excessif d’intervention du ministre a causé un préjudice important.

3) Recours abusif justifiant l’arrêt des procédures

[60] Lorsque le délai excessif et le préjudice important ont été établis, une évaluation finale est nécessaire pour déterminer s’il y a eu recours abusif. Je dois déterminer « si le délai est manifestement injuste envers la partie aux procédures ou s’il déconsidère d’une autre manière l’administration de la justice » (*Abrametz*, au paragraphe 72).

[61] Je suis d’avis qu’en l’espèce, le délai excessif est manifestement injuste envers les demandeurs et déconsidère l’administration de la justice. Cette affaire n’incluait pas de questions de fait ou de droit complexes, étant

five weeks after the Applicants' claims had been accepted, the Minister had admissions and evidence confirming that there were serious misrepresentations. There was also a notation from an immigration officer at that time indicating that a vacation application would be pursued. The Minister has not explained why it did not proceed sooner; there was no evidence provided of any activity on the file for almost 10 years. The Minister brings the administration of justice into disrepute by not proceeding for almost 10 years, while the minor Applicants grew up in Canada, and then, based on no new information and without explanation as to the timing, deciding to bring an application to vacate their refugee status. It is unacceptable. In my view, the only appropriate remedy to the abuse of process in this case is to quash the vacation decision and not remit it for redetermination, which amounts to a stay of proceedings (*Blencoe*, at paragraph 116).

[62] There are special considerations where the remedy sought is a stay of the proceedings: "a stay should be granted only in the 'clearest of cases', when the abuse falls at the high end of the spectrum of seriousness" (*Abrametz*, at paragraph 83, citing *Blencoe*, at paragraph 120). In determining whether a stay is the appropriate remedy, "a balance must be struck between the public interest in a *fair administrative process untainted by abuse* and the competing public interest in having the *complaint decided on its merits*" [emphasis in original] (*Abrametz*, at paragraph 84). This leads to the question: "would going ahead with the proceeding result in more harm to the public interest than if the proceedings were permanently halted?" (*Abrametz*, at paragraph 85).

[63] In answering this question, I have to consider the nature of the interest at stake in having the proceeding continue. There is a public interest in proceeding with the vacation hearing in order to maintain the integrity of the refugee determination system (*Mella v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 FC 1587, 73 Imm. L.R. (4th) 21, at paragraph 30). The misrepresentations made by the Principal Applicant in her refugee

donné qu'environ cinq semaines après que la demande d'asile des demandeurs a été acceptée, le ministre détenait les admissions et les éléments de preuve confirmant que de fausses déclarations graves avaient été faites. À cette époque, il y avait également eu une note d'un agent d'immigration indiquant qu'une demande d'annulation serait présentée. Le ministre n'a pas expliqué pourquoi il n'a pas agi plus tôt; aucune preuve d'une quelconque activité sur le dossier n'a été fournie pendant près de dix ans. Le ministre jette le discrédit sur l'administration de la justice du fait qu'il n'a pas agi pendant près de dix ans, alors que les demandeurs mineurs grandissaient au Canada, puis, en l'absence de tout nouveau renseignement et de toute explication sur le délai, décide de présenter une demande pour annuler leur statut de réfugié. C'est inacceptable. À mon avis, la seule mesure appropriée en l'espèce consiste à casser la décision d'annulation et à ne pas renvoyer l'affaire pour qu'elle soit tranchée à nouveau, ce qui équivaudrait à un arrêt des procédures (*Blencoe*, au paragraphe 116).

[62] Certaines considérations particulières s'appliquent lorsque la réparation recherchée est l'arrêt des procédures : « l'arrêt des procédures ne devrait être accordé que dans les "cas les plus manifestes", soit lorsque l'abus se situe à l'extrémité supérieure de l'échelle de gravité » (arrêt *Abrametz*, au paragraphe 83, renvoyant à l'arrêt *Blencoe*, au paragraphe 120). Pour déterminer si l'arrêt est la mesure appropriée, « [u]n juste équilibre doit être établi entre l'intérêt du public à ce qu'il existe un *processus administratif équitable et exempt d'abus de procédure* et son intérêt opposé à ce que les *plaintes soient décidées au fond* » [italiques dans l'original] (*Abrametz*, au paragraphe 84). La question suivante se pose alors : « Continuer les procédures serait-il plus préjudiciable à l'intérêt public que les arrêter de façon permanente? » (*Abrametz*, au paragraphe 85).

[63] Pour répondre à cette question, je dois tenir compte de l'intérêt qui est en jeu si l'instance est poursuivie. Il y a un intérêt public à procéder à l'audition de la demande d'annulation pour maintenir l'intégrité du système de détermination du statut de réfugié (*Mella c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CF 1587, au paragraphe 30). Les fausses déclarations faites par la demanderesse principale dans sa demande d'asile sont

claim are serious. At the same time, I have to consider that the Principal Applicant admitted to the misrepresentations long ago, that her three children, who also face the consequences of the vacation application, had no part in the misrepresentations, and that this family has lived with insecure status for the last 15 years.

[64] To allow the proceedings to continue would condone the manner in which the Applicants' case was handled and permit litigation affecting significant interests, including those of children, to be brought by the Minister at any time, with no explanation for excessive delay. In my view, because of the circumstances set out above, allowing the vacation application to continue will result in more harm to the public interest than permanently staying the proceedings.

V. Disposition

[65] The application for judicial review is granted and the RPD's decision to vacate the Convention refugee status of the Applicants is quashed. In these special circumstances, given the nature of the procedural breach and my finding that to continue the vacation proceeding against the Applicants is manifestly unfair and would bring the administration of justice into disrepute, there is no basis to send the matter back to the RPD for redetermination. Neither party raised a serious question of general importance for certification.

JUDGMENT in IMM-5408-19

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is granted;
2. The RPD decision dated August 21, 2019 is quashed and not remitted for redetermination;
3. No serious question of general importance is certified.

graves. Parallèlement, je dois tenir compte du fait que la demanderesse principale a admis il y a longtemps avoir fait de fausses déclarations, que ses trois enfants, qui subissent également les conséquences de la demande d'annulation, n'ont pas pris part à ces fausses déclarations, et que cette famille vit dans l'incertitude depuis 15 ans.

[64] Continuer l'instance revient à fermer les yeux sur la manière dont l'affaire des demandeurs a été traitée et à permettre qu'un recours ayant un impact sur des intérêts importants, y compris ceux des enfants, soit intenté à n'importe quel moment par le ministre, sans explication du délai excessif. À mon avis, en raison des circonstances décrites ci-dessus, autoriser la poursuite de la demande d'annulation sera plus préjudiciable à l'intérêt public qu'arrêter définitivement l'instance.

V. Dispositif

[65] La demande de contrôle judiciaire est accueillie, et la décision de la SPR d'annuler le statut de réfugié des demandeurs au sens de la Convention est annulée. Dans ces circonstances particulières, et vu la nature du manquement à la procédure et mes conclusions selon lesquelles la poursuite de la procédure d'annulation contre les demandeurs est manifestement injuste et déconsidérerait l'administration de la justice, rien ne justifie le renvoi de l'affaire à la SPR pour nouvel examen. Aucune des parties n'a soulevé de question de portée générale aux fins de certification.

JUGEMENT dans le dossier IMM-5408-19

LA COUR DÉCLARE :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie.
2. La décision de la SPR datée du 21 août 2019 est annulée et n'est pas renvoyée pour nouvel examen.
3. Aucune question grave de portée générale n'est certifiée.

T-1909-21
2023 FC 103

T-1909-21
2023 CF 103

Municipality of Chelsea (*Applicant*)

Municipalité de Chelsea (*demanderesse*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Procureur général du Canada (*défendeur*)

and

et

National Capital Commission (*Tribunal in respect of which the application is made*)

Commission de la capitale nationale (*office fédéral visé par la demande*)

INDEXED AS: CHELSEA (MUNICIPALITY) v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : CHELSEA (MUNICIPALITÉ) c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court, Pamel J.—Montréal, September 26, 2022; Ottawa, January 23, 2023.

Cour fédérale, juge Pamel—Montréal, 26 septembre 2022; Ottawa, 23 janvier 2023.

Crown — Real Property — Payments in lieu of taxes — Application for judicial review of National Capital Commission (Commission) decision pursuant to Payments in Lieu of Taxes Act (PILT Act), Crown Corporation Payments Regulations, determining total amount payable as payments in lieu of taxes (PILTs) to applicant for 2018–2020 triennial roll in respect of federal properties within Gatineau Park (Park) located within applicant's territory (federal properties) — Applicant filed applications for PILTs with Commission based on increases in value in roll — In response to these increases, Commission assessment officer submitted requests for justification to Municipalité régionale de comté des Collines-de-l'Outaouais (regional county municipality of the Collines-de-l'Outaouais) (MRC) — Parties not reaching agreement — Applicant sent to advisory panel (Panel) request for advice on federal properties for purposes of roll — Commission suggested that Panel aggregate all units of assessment corresponding to federal properties into one unit — Also proposed assessment of federal properties based on highest and best use (H&BU) — Applicant defended property-value analysis based on behaviour of local real estate market participants, opposed to aggregating units of assessments — Panel concluded, inter alia, that large parcels, some small parcels of land could be aggregated; did not recommend doing so because of impact such aggregation would have on immovable categories — Panel of view that comparison with local market more credible than approach suggested by Commission — Commission found that Panel wrong in not considering H&BU, surface area of parcels of land as relevant factors in determining property value of federal properties — Carried out additional analyses to obtain

Couronne — Biens immeubles — Paiements versés en remplacement d'impôts — Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de la capitale nationale (la Commission), à l'issue de laquelle la Commission a déterminé, en vertu de la Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts (la LPRI), et du Règlement sur les paiements versés par les sociétés d'État, le montant total à verser à titre de paiement en remplacement d'impôts (PERI) à la demanderesse à l'égard de propriétés fédérales à l'intérieur du Parc de la Gatineau (le Parc) qui sont situées sur son territoire (les propriétés fédérales) — La demanderesse a formulé des demandes de PERI auprès de la Commission fondées sur des augmentations de valeurs au rôle — Face à ces augmentations, un agent d'évaluation foncière de la Commission a soumis des demandes de justification à la Municipalité régionale de comté des Collines-de-l'Outaouais (la MRC) — Les parties ne sont pas parvenues à une entente — La demanderesse a transmis à un comité consultatif (le Comité) une demande d'avis à l'égard des propriétés fédérales pour les fins du rôle — La Commission a proposé au Comité de regrouper en une seule toutes les unités d'évaluation correspondant aux propriétés fédérales — Elle a également fait valoir une évaluation fondée sur l'usage le meilleur et le plus profitable (UMEPP) des propriétés fédérales — La demanderesse a défendu une analyse de la valeur des propriétés basée sur le comportement des acteurs du marché immobilier local, tout en s'opposant au regroupement des unités d'évaluation — Le Comité a conclu, entre autres choses, que le regroupement des terrains de grande superficie et de certains terrains de petite superficie pouvait être fait, mais ne l'a pas recommandé, et que la comparaison au marché local était

measurements in order to adjust values identified by applicant — Applicant demanded that Commission make final decision in accordance with findings in Panel's advice — Contended that Commission undertook to follow Panel's recommendation, thus justifying application of doctrine of legitimate expectations — Also contended that in receiving Panel's opinion on such specialized, specific tax issues, scope of Commission's discretion significantly reduced — Main issues whether Commission undertook to follow recommendations made by Panel, whether its decision reasonable — Commission's conduct not giving rise to legitimate expectations on part of applicant — Applicant's arguments not permitting application of legitimate expectations doctrine — Nothing in evidence on record suggesting that Commission made commitment that its decision should fall in line with Panel's opinion — Rather, Commission considered appropriateness of engaging in process set out in PILT Act, s. 11.1 — Commission's request to applicant to refer matter to Panel could not reasonably be interpreted as expression of Commission's waiving its discretion — Case law clearly indicating that a public authority cannot be held to its word if its representations conflict with its statutory duty — Remedy sought by applicant incompatible with remedies provided for by legitimate expectations doctrine — Applicant knowingly refused to exercise its right to make additional representations — Commission's decision fell within range of possible, acceptable outcomes defensible in respect of facts, law — Applicant's argument that Commission having no specialized expertise unfounded — Nothing in applicable legislation suggesting that PILT Act characterizing advisory panel as quasi-judicial in nature — Applicant's arguments regarding binding nature of Panel's opinion on Commission's decision not supported in either statutory system governing making of PILTs or case law — Advice of advisory panel cannot further restrict exercise of discretion arising from federal Crown's immunity from taxation — Crown corporation must be able to deviate from advisory panel's findings if of view that those findings inconsistent with applicable property tax principles — Nothing herein leading to conclusion that Commission's consideration of conservation status of properties had effect of frustrating overall objective of PILT legislative regime that applicant be treated in fair, equitable manner — Commission took into account values entered on MRC's roll, sought to adapt them to particular reality of Park — Applicant may have disagreed with this approach, but that did not make it contrary to objective of PILT system, nor did it render Commission's decision unreasonable — Commission's decision regarding issue of aggregation of properties not unreasonable — Commission's duty was to consider Panel's opinion, then to reasonably justify any findings that deviated from it, nothing more — Crown corporation's reasonable exercise of its discretion to determine property value of its properties in event of disagreement with taxing authority lying in development of assessment method that is fair, equitable compromise — This compromise made necessary by difficulties caused by application of definition of "property value" — PILT system

plus crédible que la démarche suggérée par la Commission — La Commission a estimé que le Comité faisait fausse route en ne considérant pas l'UMEPP des propriétés fédérales et la superficie des terrains comme des facteurs pertinents à la détermination de la valeur effective des propriétés fédérales — Elle a effectué des analyses supplémentaires afin d'obtenir des mesures permettant d'ajuster les valeurs identifiées par la demanderesse — La demanderesse a mis la Commission en demeure de rendre sa décision finale conformément aux conclusions émises par le Comité dans son avis — La demanderesse a prétendu que la Commission s'était engagée à suivre les recommandations du Comité — Elle a prétendu que l'application de la théorie des attentes légitimes était justifiée — Elle a soutenu qu'en recevant l'avis du Comité sur des questions aussi spécialisées et pointues en fiscalité, l'étendue du pouvoir discrétionnaire de la Commission s'est considérablement réduite — Il s'agissait de déterminer principalement si la Commission s'était engagée à suivre les recommandations rendues par le Comité, et si sa décision était raisonnable — La conduite de la Commission n'a pu faire naître d'attentes légitimes de la part de la demanderesse — Les arguments invoqués par la demanderesse n'étaient pas de nature à permettre l'application de la théorie des attentes légitimes — Rien dans la preuve au dossier ne permettait de conclure que la Commission s'était engagée à se conformer à l'avis du Comité — La Commission a plutôt considéré la pertinence de s'engager dans le processus prévu à l'article 11.1 de la LPRI — L'invitation formulée à la demanderesse par la Commission de saisir le Comité ne pouvait raisonnablement être interprétée comme l'expression d'une renonciation par la Commission à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire — La jurisprudence indique clairement qu'une autorité publique ne peut être liée par des affirmations qui iraient à l'encontre de ses obligations légales — La réparation recherchée par la demanderesse était incompatible avec les remèdes prévus par la théorie des attentes légitimes — La demanderesse a sciemment refusé de se prévaloir de son droit de présenter des observations supplémentaires — La décision de la Commission appartenait aux issues possibles pouvant se justifier au regard des faits et du droit — L'argument de la demanderesse quant à l'absence d'expertise spécialisée de la Commission était sans fondement — Rien dans la législation applicable ne permettait de conclure au caractère quasi judiciaire d'un comité que la LPRI qualifie de consultatif — Les arguments de la demanderesse concernant le caractère contraignant de l'avis du Comité sur la décision de la Commission ne trouvaient appui ni dans le régime législatif encadrant le versement des PERI, ni dans la jurisprudence — L'avis rendu par un comité consultatif ne saurait restreindre plus avant l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui découle de l'immunité fiscale de la Couronne fédérale — Une société d'État doit pouvoir s'écarter des conclusions du comité consultatif si elle est d'avis que ces conclusions ne sont pas conformes aux principes applicables en matière de fiscalité foncière — Rien en l'espèce ne permettait de conclure que la prise en compte

cannot be interpreted as permitting disregard for most basic recognized property assessment principles in establishing property value of federal property — Exercise of assessing federal Crown property as if it were taxable does not mean ignoring how this property is used, stripping it of its attributes, objective constraints applying to it — Commission's exercise of its discretion in relation to aggregation of properties, determination of their property value was, both in terms of process and outcome, transparent, intelligible, adequately justified — Application dismissed.

This was an application for judicial review of a decision of the National Capital Commission (Commission), in which it determined, pursuant to the *Payments in Lieu of Taxes Act* (PILT Act), and the *Crown Corporation Payments Regulations* (Regulations), the total amount payable as payments in lieu of taxes (PILTs) to the applicant for the 2018–2020 triennial roll in respect of some thirty federal properties within Gatineau Park (Park) that are located within its territory (federal properties).

Under section 125 of the *Constitution Act, 1867*, the federal Crown is exempt from provincial and municipal taxation. However, the federal legislator put in place a compensation system governed by the PILT Act and its regulations. As a Crown corporation, the Commission must make PILTs in the manner prescribed in the Regulations. Parliament, in section 16 of the *National Capital Act* (NCA), conferred on the Commission a compensation authority similar to that provided

par la Commission du statut de conservation des propriétés a eu pour effet de contrecarrer l'objectif général du régime législatif des PERI voulant que la demanderesse soit traitée de manière juste et équitable — La Commission a tenu compte des valeurs inscrites au rôle de la MRC, et a cherché à les ajuster à la réalité particulière du Parc — La demanderesse pouvait ne pas être d'accord avec cette approche, mais cela ne la rendait pas pour autant contraire à l'objectif du régime des PERI, ni ne rendait la décision de la Commission déraisonnable — La décision de la Commission concernant l'enjeu du regroupement des propriétés n'était pas déraisonnable — Il incombait à la Commission de considérer l'avis du Comité, puis de justifier de façon raisonnable ses conclusions qui s'en écartaient, rien de plus — L'usage raisonnable par une société d'État de son pouvoir discrétionnaire de déterminer la valeur effective de ses propriétés en cas de désaccord avec une autorité taxatrice réside dans l'élaboration d'une méthode d'évaluation qui présente un compromis juste et équitable — Ce compromis est rendu nécessaire par les difficultés que cause l'application de la définition de « valeur effective » — Le régime des PERI ne saurait être interprété comme permettant d'ignorer les principes les plus élémentaires reconnus en matière d'évaluation foncière dans l'établissement de la valeur effective d'une propriété fédérale — L'exercice consistant à évaluer une propriété de la Couronne fédérale comme si elle était imposable ne signifie pas qu'il faille faire fi de l'usage de cette propriété et la dépouiller de ses attributs et des contraintes objectives qui lui sont applicables — L'usage par la Commission de son pouvoir discrétionnaire eu égard au regroupement des propriétés et à la détermination de leur valeur effective était, tant du point de vue du processus que du résultat, à la fois transparent, intelligible, et adéquatement justifié — Demande rejetée.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de la capitale nationale (la Commission), à l'issue de laquelle elle a déterminé, en vertu de la *Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts* (la LPRI), et du *Règlement sur les paiements versés par les sociétés d'État* (Règlement), le montant total à verser à titre de paiement en remplacement d'impôts (PERI) à la demanderesse, pour le rôle triennal 2018 à 2020, à l'égard d'une trentaine de propriétés fédérales à l'intérieur du Parc de la Gatineau (le Parc) qui sont situées sur son territoire (les propriétés fédérales).

Aux termes de l'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Couronne fédérale est exemptée d'imposition provinciale et municipale. Néanmoins, le législateur fédéral a mis en place un régime de compensation encadré par la LPRI et ses règlements d'application. À titre de société d'État, la Commission doit verser des PERI selon les modalités prévues au Règlement. Le législateur fédéral a conféré à la Commission un pouvoir d'indemnisation similaire à celui

by the PILT Act¹. The applicant filed applications for PILTs with the Commission based on increases in value in roll ranging from 19 percent to 25 percent for the federal properties at issue. In response to these seemingly targeted, significant increases, a Commission assessment officer submitted requests for justification to the Municipalité régionale de comté des Collines-de-l'Outaouais (MRC) in November 2017. In response, the MRC sent the Commission a table of [TRANSLATION] “comparable” sales. The parcels of land that were sold were generally smaller than the ones under consideration, and their zoning allowed for residential development. In an effort to reach an agreement, discussions between the parties continued, to no avail. The applicant sent to an advisory panel (Panel) a request for advice on the federal properties for the purposes of the 2018–2020 triennial roll. There were two types of property: large parcels of land and smaller parcels of land in residential pockets. The Commission’s expert suggested that the Panel aggregate all units of assessment corresponding to the federal properties into one unit. He also proposed an assessment of the federal properties based on highest and best use (H&BU), that is, a natural space dedicated to conservation and recreation, and taking into account their large area. For its part, the applicant’s expert defended a property-value analysis based on the behaviour of local real estate market participants and was opposed to aggregating the units of assessments. In its advice dated February 16, 2021, the Panel concluded that the large parcels of land and some small parcels of land could be aggregated. However, it did not recommend doing so because of the impact that such an aggregation would have on immovable categories and therefore the effective rate applicable to the properties. As to how to compute the property value, the Panel was of the view that, despite the lack of sales of institutional land reported by the applicant’s appraiser, the comparison with the local market was more credible than the approach suggested by the Commission’s expert. The Panel also concluded that in order to determine the loss in municipal and school taxes resulting from the Commission’s acquisition of the properties, the Panel had to consider alternative uses and observe the local market’s behaviour. The Panel therefore assessed a total property value of \$106,372,900 for the large parcels of land whose value on the roll was \$115,406,500. Upon receipt of the opinion, the Commission found that the Panel was wrong in not considering the H&BU and the surface area of the parcels of land as relevant factors in determining the property value of the federal properties. The Commission therefore carried out additional analyses to obtain measurements in order to be able

prévu par la LPRI, à l’article 16 de la *Loi sur la capitale nationale* (LCN)¹. La demanderesse a formulé des demandes de PERI auprès de la Commission fondées sur des augmentations de valeurs au rôle de l’ordre de 19 p. 100 à 25 p. 100 pour les propriétés fédérales en question. Face à ces augmentations en apparence ciblées et considérables, un agent d’évaluation foncière de la Commission a soumis des demandes de justification à la Municipalité régionale de comté des Collines-de-l’Outaouais (la MRC) en novembre 2017. En réponse, la MRC a transmis à la Commission un tableau de ventes dites « comparables ». Les terrains ayant fait l’objet de ces ventes étaient, de manière générale, plus petits que ceux à l’étude, et leur zonage permettait le développement résidentiel. Les discussions se sont poursuivies entre les parties afin de parvenir à une entente, mais en vain. La demanderesse a transmis à un comité consultatif (le Comité) une demande d’avis à l’égard des propriétés fédérales pour les fins du rôle triennal 2018 à 2020. Ces propriétés étaient soit des terrains de grande superficie ou des terrains de plus petite superficie situés dans des enclaves résidentielles. L’expert de la Commission a proposé au Comité de regrouper en une seule toutes les unités d’évaluation correspondant aux propriétés fédérales. Il a également fait valoir une évaluation fondée sur l’usage le meilleur et le plus profitable (UMEPP) des propriétés fédérales, soit celui d’espace naturel dédié à la conservation et à la récréation, et sur la prise en compte de leur importante superficie. Pour sa part, l’expert de la demanderesse a défendu une analyse de la valeur des propriétés basée sur le comportement des acteurs du marché immobilier local, tout en s’opposant au regroupement des unités d’évaluation. Dans son avis du 16 février 2021, le Comité a conclu que le regroupement des terrains de grande superficie et de certains terrains de petite superficie pouvait être fait, mais ne l’a pas recommandé, en raison des conséquences qu’aurait un tel regroupement sur les catégories d’immeuble, et donc le taux effectif applicable aux propriétés. Quant au calcul de la valeur effective, le Comité était d’avis que, malgré l’absence de ventes de terrains à caractère institutionnel rapportées par l’évaluateur de la demanderesse, la comparaison au marché local était plus crédible que la démarche suggérée par l’expert de la Commission. Le Comité a également conclu qu’afin de déterminer le manque à gagner en taxes municipales et scolaires découlant de l’acquisition des propriétés par la Commission, le Comité devait envisager des utilisations alternatives et observer le comportement du marché local. Le Comité a ainsi retenu une valeur effective totale de 106 372 900 \$ pour les terrains de grande superficie, alors que leur valeur inscrite au rôle était de

¹ In particular, subsection 16(3) of the NCA provides that the Commission may pay grants to the competent authorities in respect of real property of the Commission situated in Gatineau Park not exceeding in any tax year the amounts estimated by the Commission to be sufficient to compensate such authorities for the loss of tax revenue incurred during that tax year in respect of municipal and school taxes by reason of the acquisition of the property by the Commission.

¹ Notamment, le paragraphe 16(3) de la LCN prévoit que la Commission peut verser aux autorités compétentes, pour ceux de ses biens immeubles situés dans le Parc de la Gatineau, des subventions n’excédant pas, dans une année fiscale donnée, les montants qu’elle estime suffisants pour indemniser ces autorités des pertes de revenu de taxes municipales et scolaires subies par elles pendant l’année en question du fait de l’acquisition de ces biens par la Commission.

to adjust the values identified by the applicant's expert, taking into account location, H&BU and area. The Commission sent the applicant the contents of its additional analyses and the new values resulting from its calculations. The applicant formally demanded that the Commission make a final decision in accordance with the findings in the Panel's advice, stating that it considered the new factors submitted by the Commission to be inadmissible, in part because they had not been submitted to the Panel. The applicant was also of the view that the Commission had previously undertaken to make a decision on the basis of the Panel's recommendations. The Commission's decision identified the amounts to be paid to the applicant as PILTs for the aggregated large and small parcels of land, namely, \$358,119.81 for 2018; \$370,632.02 for 2019; and \$383,240.85 for 2020, calculated on the basis of a property value of \$48,309,700 for these parcels of land. The decision stated that the Commission considered, *inter alia*, the Panel's opinion in order to determine the property value of the federal properties.

The applicant contended, *inter alia*, that the Commission, through its conduct, undertook to follow the Panel's recommendations. It identified three factors that it believed created legitimate expectations on its part to this effect. The applicant also claimed that it filed two applications with the Panel on the basis of information given to it by the Commission regarding the possibility of submitting an application for review to the advisory panel. Given the lengthiness of this process and the significant costs involved, the applicant expected the Commission to follow the recommendations. The applicant submitted that letters sent by the Commission demonstrated that it agreed to consider the Panel's findings and to apply them. The applicant contended that this justified the application of the doctrine of legitimate expectations, which would have compelled the Commission to make a decision in accordance with the Panel's advice. The applicant submitted that the Panel's opinion substantially limited the range of reasonable outcomes of the exercise of the Commission's discretion. The applicant contended that the process before the Panel was comprehensive, complete and comparable to a tribunal hearing, seeing it as bearing all the features of a quasi-judicial process. The applicant alleged that the Panel's expertise on the matters submitted provided the Court with greater authority to intervene in the judicial review of the decision. The applicant contended that in receiving the Panel's opinion on such specialized and specific tax issues, the scope of the Commission's

115 406 500 \$. Suivant la réception de l'avis, la Commission a estimé que le Comité faisait fausse route en ne considérant pas l'UMEPP et la superficie des terrains comme des facteurs pertinents à la détermination de la valeur effective des propriétés fédérales. La Commission a donc effectué des analyses supplémentaires afin d'obtenir des mesures permettant d'ajuster les valeurs identifiées par l'expert de la demanderesse, pour ainsi tenir compte à la fois de localisation, de l'UMEPP et de la superficie. La Commission a communiqué à la demanderesse le contenu de ses analyses supplémentaires et les nouvelles valeurs résultant de ses calculs. La demanderesse a mis la Commission en demeure de rendre sa décision finale conformément aux conclusions émises par le Comité dans son avis, précisant qu'elle considérait les nouveaux éléments soumis par la Commission comme non recevables, notamment puisqu'ils n'avaient pas été présentés au Comité. La demanderesse était également d'avis que la Commission s'était engagée par le passé à rendre une décision sur la base des recommandations du Comité. La décision de la Commission a identifié les montants à verser à la demanderesse à titre de PERI pour les terrains de grande superficie et les terrains de petite superficie ayant été regroupés à 358 119,81 \$ pour l'année 2018, à 370 632,02 \$ pour l'année 2019 et à 383 240,85 \$ pour l'année 2020, calculés sur la base d'une valeur effective de ces terrains totalisant 48 309 700 \$. La décision a mentionné que l'avis du Comité, entre autres choses, a été considérée aux fins de déterminer la valeur effective des propriétés fédérales.

La demanderesse a prétendu, entre autres choses, que la Commission, par sa conduite, s'était engagée à suivre les recommandations du Comité. Elle a identifié trois éléments qui, selon elle, ont créé des attentes légitimes de sa part à cet effet. La demanderesse a prétendu aussi que c'était sur la foi des informations qui lui ont été transmises par la Commission concernant la possibilité de présenter une demande de révision au comité consultatif, qu'elle a déposé deux demandes au Comité. Vu la durée substantielle de ce processus et l'importance des coûts engagés, la demanderesse s'attendait à ce que la Commission en suive les recommandations. La demanderesse a soutenu que des lettres transmises par la Commission démontraient que cette dernière s'était engagée à tenir compte des conclusions du Comité et à les suivre. La demanderesse a prétendu que ceci justifiait l'application de la théorie des attentes légitimes, laquelle aurait eu pour effet de contraindre la Commission à rendre une décision conforme à l'avis du Comité. La demanderesse a soutenu que l'avis du Comité a eu pour effet de limiter considérablement les issues raisonnables dans l'exercice de sa discrétion. La demanderesse a prétendu que le processus devant le Comité était exhaustif, complet en soi et assimilable à une audience devant un tribunal. La demanderesse a allégué que l'expertise du Comité sur les questions soumises formait un contexte conférant à la Cour un plus grand pouvoir d'intervention dans le cadre du contrôle judiciaire de la décision. La demanderesse a soutenu qu'en

discretion was significantly reduced, and that, by departing markedly from the insights in the Panel's opinion, the Commission necessarily made an arbitrary, unreasonable decision that was not within the range of possible outcomes. The applicant claimed that the Commission's decision was unreasonable as it (a) was contrary to the purpose of the PILT system and subsection 16(3) of the NCA; (b) ignored the Panel's insights; and (c) included new factors that were not debated before the Panel.

The main issues were whether the Commission undertook to follow the recommendations made by the Panel in its opinion of February 16, 2021, and whether its decision was reasonable.

Held, the application should be dismissed.

The Commission's conduct could not give rise to legitimate expectations on the part of the applicant, and the Commission fulfilled its duty of procedural fairness. The arguments put forward by the applicant were unlikely to permit the application of the doctrine of legitimate expectations. The doctrine of legitimate expectations is only one component of procedural fairness. It was not sufficient for the applicant to demonstrate that the Commission did not satisfy the expectations it created; instead, it had to be able to prove that this resulted in the Commission's breaching its duty to act fairly. In *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, the Supreme Court raised the possibility that a legitimate expectation is not created by a procedural commitment but by a commitment as to the substantive outcome. However, nothing in the evidence on the record suggested that the Commission made a commitment that its decision should fall in line with the Panel's opinion. Rather, it appeared that the Commission considered the appropriateness of engaging in the process set out in section 11.1 of the PILT Act, given the disagreement between the parties, and expressed its confidence in reaching a consensus in this way. The letters did not constitute a clear, unambiguous and unqualified conduct on the part of the Commission justifying an expectation of the kind that was alleged by the applicant. The Commission's request to the applicant to refer the matter to the Panel, as well as its comments asking it to trust the consultative process, could not reasonably be interpreted as an expression of the Commission's waiving its discretion in favour of blindly adopting the Panel's recommendations. Such a waiver would be tantamount to unduly fettering the exercise of the Commission's discretion. The case law clearly indicates that a public authority cannot be held to its word if its representations conflict with its statutory duty. Moreover, the remedy sought by the applicant was incompatible with the remedies provided for by the doctrine of legitimate

receiving the advice of the Committee on issues also specialized and pointed in fiscal policy, the scope of the discretionary power of the Commission has been considerably reduced, and that in departing in a marked manner from the teachings contained in the advice of the Committee, the Commission has necessarily made an arbitrary, unreasonable, and one that does not belong to the possible issues. The applicant claimed that the Commission's decision was unreasonable as it (a) was contrary to the purpose of the PILT system and subsection 16(3) of the NCA; (b) ignored the Panel's insights; and (c) included new factors that were not debated before the Panel.

Il s'agissait de déterminer principalement si la Commission s'était engagée à suivre les recommandations rendues par le Comité dans son avis du 16 février 2021, et si sa décision était raisonnable.

Jugement : la demande doit être rejetée.

La conduite de la Commission n'a pu faire naître d'attentes légitimes de la part de la demanderesse, et la Commission s'est acquittée de son obligation en matière d'équité procédurale. Les arguments invoqués par la demanderesse n'étaient pas de nature à permettre l'application de la théorie des attentes légitimes. Cette théorie n'est qu'une composante de l'équité procédurale. Il ne suffisait pas pour la demanderesse de démontrer que la Commission n'a pas satisfait les attentes qu'elle avait créées; plutôt, elle devait parvenir à prouver qu'il en a résulté un manquement de la part de la Commission à son obligation d'agir équitablement. Dans l'arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, la Cour suprême a invoqué la possibilité qu'une attente légitime origine non pas d'un engagement de nature procédurale, mais bien d'un engagement quant à l'issue formelle du processus. Cependant, rien dans la preuve au dossier ne permettait de conclure que la Commission s'était engagée à se conformer à l'avis du Comité. Il en est ressorti plutôt que la Commission a considéré la pertinence de s'engager dans le processus prévu à l'article 11.1 de la LPRI, compte tenu du désaccord entre les parties, et a exprimé sa confiance d'en arriver ainsi à un consensus. Les lettres ne constituaient pas une conduite nette, claire et précise de la part de la Commission justifiant une expectative de l'ordre de celle qui était alléguée par la demanderesse. L'invitation formulée à la demanderesse par la Commission de saisir le Comité, tout comme ses remarques la conviant à faire confiance au processus consultatif, ne pouvaient raisonnablement être interprétées comme l'expression d'une renonciation par la Commission à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire au profit de l'adoption aveugle des recommandations du Comité. Une telle renonciation reviendrait pour la Commission à entraver indûment l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. La jurisprudence indique clairement qu'une autorité publique ne peut être liée par des affirmations qui iraient à l'encontre

expectations. By requiring that the Commission's decision be consistent with the Panel's advice, the applicant's expectations necessarily related to the finality of the decision and mandated a specific result, to which the Commission could not be legitimately constrained by the application of the doctrine of legitimate expectations. In addition to seeking conclusions that were incompatible with the doctrine of legitimate expectations, the applicant knowingly refused to exercise its right to make additional representations, which is precisely the remedy provided by the doctrine it was relying on in support of its claims.

The Commission's decision fell within a range of possible, acceptable outcomes which were defensible in respect of the facts and law. This was the first time that the question of the extent of the discretion was debated in terms of the effect of an advisory panel's opinion. The applicant's argument that the Commission has no specialized expertise was unfounded. There is nothing in the applicable legislation to suggest that a panel that the PILT Act characterizes as an advisory panel and whose role is to render opinions is quasi-judicial in nature. Similarly, the applicant's arguments regarding the binding nature of the Panel's opinion on the Commission's decision were not supported in either the statutory system governing the making of PILTs or the case law. The Panel's opinion in this case was a relevant supplement that the Commission had a duty to consider in the exercise of its discretion, but which was not determinative and, above all, following the Commission's receipt of the opinion, did not deprive it of the freedom to complete its analysis by other means. The advice of an advisory panel cannot further restrict the exercise of discretion arising from the federal Crown's immunity from taxation. Just as it makes sense that the highly discretionary regime of PILTs be armed to protect federal interests against overzealous assessment authorities, a Crown corporation must be able to deviate from the advisory panel's findings if it is of the view that those findings are inconsistent with the applicable property tax principles, provided that the Crown corporation ensures that it bases its own conclusions on a reasonable analysis of these principles. The Commission did consider the restrictions resulting not only from the federal statutory regime but also from the applicant's zoning and urban planning bylaws, and the provincial statute, in order to conclude that the use recognized by all these legislative authorities, that of natural area dedicated to conservation and recreation, could not be excluded from the assessment process. The Commission was well aware of the existence in Quebec law of the presumption of nominal value of zoned parkland, and that this presumption was not raised against the applicant. The facts in this case did not in any way lead to the conclusion that the Commission's consideration of the conservation status of the properties had the

de ses obligations légales. Qui plus est, la réparation recherchée par la demanderesse était incompatible avec les remèdes prévus par la théorie des attentes légitimes. En exigeant la conformité de la décision de la Commission à l'avis du Comité, les attentes de la demanderesse portaient nécessairement sur la finalité de la décision et commandait un résultat précis, ce à quoi la Commission ne pouvait être légitimement contrainte par l'application de la théorie des attentes légitimes. En plus de rechercher des conclusions qui étaient incompatibles avec la théorie des attentes légitimes, la demanderesse a sciemment refusé de se prévaloir de son droit de présenter des observations supplémentaires, lequel constituait précisément le remède prévu par la théorie qu'elle invoquait au soutien de ses prétentions.

La décision de la Commission appartenait aux issues possibles pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Il s'agissait en l'espèce de la première fois que la question de l'étendue du pouvoir discrétionnaire était débattue sous l'angle de l'impact d'un avis du comité consultatif. L'argument de la demanderesse quant à l'absence d'expertise spécialisée de la Commission était sans fondement. Rien dans la législation applicable ne permettait de conclure au caractère quasi judiciaire d'un comité que la LPRI qualifie de consultatif, et dont le rôle est de rendre des avis. De même, les arguments de la demanderesse concernant le caractère contraignant de l'avis du Comité sur la décision de la Commission ne trouvaient appui ni dans le régime législatif encadrant le versement des PERI, ni dans la jurisprudence. L'avis du Comité en la présente instance constituait un complément pertinent que la Commission avait le devoir de considérer dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, mais n'était pas déterminant et surtout, ne privait pas la Commission de la liberté de compléter son analyse par d'autres moyens suivant la réception de l'avis. L'avis rendu par un comité consultatif ne saurait restreindre plus avant l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui découle de l'immunité fiscale de la Couronne fédérale. Tout comme il est logique que le régime hautement discrétionnaire que constitue les PERI soit en mesure de protéger au besoin les intérêts fédéraux contre le zèle excessif des autorités évaluatrices, une société d'État doit pouvoir s'écarter des conclusions du comité consultatif si elle est d'avis que ces conclusions ne sont pas conformes aux principes applicables en matière de fiscalité foncière, pour autant que la société d'État s'assure d'appuyer ses propres conclusions sur une analyse raisonnable desdits principes. La Commission a tenu compte des restrictions émanant du régime statutaire fédéral, mais également du règlement de zonage et du plan d'urbanisme de la demanderesse, ainsi que de la loi provinciale, afin de conclure que l'usage reconnu par l'ensemble de ces autorités législatives, soit celui d'espace naturel voué à la conservation et à la récréation, ne pouvait être écarté du processus d'évaluation. La Commission était bien au fait de l'existence, en droit québécois, de la présomption de valeur nominale des terrains zonés parc, et que cette présomption n'a

effect of frustrating the overall objective of the PILT legislative regime that the applicant be treated in a fair and equitable manner. The Commission did not ignore the local tax system, or fail to comply with the exercise of considering its properties as if they were taxable properties belonging to a private owner. The Commission not only took into account the values entered on the MRC's roll, but also sought to adapt them to the particular reality of the Park. The applicant may have disagreed with this approach, but that did not make it contrary to the objective of the PILT system, nor did it make the Commission's decision unreasonable. Regarding the issue of the aggregation of properties, it was up to the applicant to show that the Commission's conclusion on this point was unreasonable. In the absence of any substantive argument on its part in this regard, and in view of the Panel's recognition of the legality of the aggregation that the Commission ultimately carried out, its decision on the matter was not unreasonable. It was perfectly open to the Commission to continue its analyses after the Panel had given its opinion, and its duty was to consider it and then to reasonably justify any findings that deviated from it, nothing more. In stating that the Panel's opinion was pointless, the applicant was mistaken in its assessment of the approach taken by the Commission. Indeed, the method presented by the Commission's expert before the Panel was neither extravagant nor fundamentally contrary to the principles of property assessment. A Crown corporation's reasonable exercise of its discretion to determine the property value of its properties in the event of a disagreement with a taxing authority lies in the development of an assessment method that is a fair and equitable compromise that must be reflected in the property assessment principles chosen by the Crown corporation in the circumstances, but also in the weight it gives to each of these principles. This compromise is made necessary by the difficulties caused by the application of the definition of "property value". This definition requires that properties be considered as if they were not owned by a Crown corporation, which leads assessment authorities assessing such properties to give short shrift to constraints related to their federal status, although conversely, the property assessment principles that guide those same assessment authorities generally tend to make these constraints inseparable from the calculation of their value. In this context, reconciling these two conflicting legal principles is essential to ensure the fairness and equity of the assessment method used. One thing is certain, however, the PILT system cannot be interpreted as permitting disregard for the most basic recognized property assessment principles in establishing the property value of a federal property. The exercise of assessing a federal Crown property as if it were taxable does not mean ignoring how this property is used and stripping it of its attributes and the objective constraints that apply to it. In respect of the small parcels of land that were not aggregated, it was justified to establish their value by considering the municipal zoning requirements, which, while recognizing that these parcels of land are part of a natural

pas été opposée à la demanderesse. Les faits en l'espèce ne permettaient en rien de conclure que la prise en compte par la Commission du statut de conservation des propriétés a eu pour effet de contrecarrer l'objectif général du régime législatif des PERI voulant que la demanderesse soit traitée de manière juste et équitable. La Commission n'a pas fait fi du régime fiscal local, et n'a pas omis de se plier à l'exercice de considérer ses propriétés comme si celles-ci étaient des propriétés imposables entre les mains d'un propriétaire privé. La Commission a bel et bien tenu compte des valeurs inscrites au rôle de la MRC, et a par ailleurs cherché à les ajuster à la réalité particulière du Parc. La demanderesse pouvait ne pas être d'accord avec cette approche, mais cela ne la rendait pas pour autant contraire à l'objectif du régime des PERI, ni ne rendait la décision de la Commission déraisonnable. Concernant l'enjeu du regroupement des propriétés, il incombait à la demanderesse de démontrer que la conclusion de la Commission sur ce point était déraisonnable. En l'absence de tout argument substantiel de sa part à cet égard, et compte tenu du fait que le Comité a reconnu la légalité du regroupement qui a finalement été effectué par la Commission, sa décision sur la question n'était pas déraisonnable. Il était parfaitement loisible à la Commission de poursuivre ses analyses suivant la remise de l'avis du Comité, et l'obligation qui lui incombait était de le considérer, puis de justifier de façon raisonnable ses conclusions qui s'en écartaient, rien de plus. En affirmant que l'avis du Comité était inutile, la demanderesse s'est méprise dans son appréciation de la démarche suivie par la Commission. Par ailleurs, la méthode présentée par l'expert de la Commission devant le Comité n'avait rien d'extravagant ou de fondamentalement contraire aux principes d'évaluation foncière. L'usage raisonnable par une société d'État de son pouvoir discrétionnaire de déterminer la valeur effective de ses propriétés en cas de désaccord avec une autorité taxatrice réside dans l'élaboration d'une méthode d'évaluation qui présente un compromis juste et équitable, lequel doit se refléter dans le choix des principes d'évaluation immobilière que retiendra la société d'État dans les circonstances, mais également dans le poids qu'elle accordera à chacun d'eux. Ce compromis est rendu nécessaire par les difficultés que cause l'application de la définition de « valeur effective ». En effet, celle-ci exige de considérer les propriétés comme si la société d'État n'en était pas propriétaire, ce qui incline les autorités évaluatrices à faire peu de cas des contraintes liées au statut fédéral de ces propriétés lors de leur évaluation, bien qu'inversement, les principes d'évaluation foncière qui guident ces mêmes autorités évaluatrices tendent généralement à rendre ces contraintes indissociables du calcul établissant leur valeur. Dans un tel contexte, la réconciliation de ces deux principes juridiques antagonistes est essentielle pour assurer le caractère juste et équitable de la méthode d'évaluation retenue. Chose certaine cependant, le régime des PERI ne saurait être interprété comme permettant d'ignorer les principes les plus élémentaires reconnus en matière d'évaluation foncière dans l'établissement de la valeur effective d'une propriété fédérale.

area in which construction must be kept to a minimum, allow development for residential purposes there. This conclusion was consistent with the overall approach used by the Commission in computing the value of the large parcels of land. Overall, the Commission's exercise of its discretion in relation to the aggregation of the properties and the determination of their property value was, both in terms of process and outcome, transparent, intelligible and adequately justified.

L'exercice consistant à évaluer une propriété de la Couronne fédérale comme si elle était imposable ne signifie pas qu'il faille faire fi de l'usage de cette propriété et la dépouiller de ses attributs et des contraintes objectives qui lui sont applicables. En ce qui a trait aux terrains de petite superficie qui n'ont pas été regroupés, il était justifié d'établir leur valeur en considérant le zonage municipal qui, tout en reconnaissant que ces terrains font partie d'un espace naturel dans lequel les constructions doivent être tenues au minimum, permet leur développement à des fins résidentielles. Cette conclusion apparaissait cohérente avec la démarche globale employée par la Commission pour le calcul de la valeur des terrains de grande superficie. Dans l'ensemble, l'usage par la Commission de son pouvoir discrétionnaire eu égard au regroupement des propriétés et à la détermination de leur valeur effective était, tant du point de vue du processus que du résultat, à la fois transparent, intelligible, et adéquatement justifié.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Act respecting Municipal Taxation, CQLR, c. F-2.1, ss. 14, 34, 44, 45, 46.
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, s. 2, 7(1), 12.1.
 Municipality of Chelsea, *Zoning By-law Number 636-05*, effective June 28, 2005, s. 3.8.
National Capital Act, R.S.C., 1985, c. N-4, s. 10, 16.
Natural Heritage Conservation Act, CQLR, c. C-61.01.
Payments in Lieu of Taxes Act, R.S.C., 1985, c. M-13, ss. 2, 2.1, 3, 9(1)(f), 11(1), 11.1.

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Halifax (Regional Municipality) v. Canada (Public Works and Government Services)*, 2012 SCC 29, [2012] 2 S.C.R. 108.

DISTINGUISHED:

Halifax (Regional Municipality) v. Canada (Public Works and Government Services), 2012 SCC 29, [2012] 2 S.C.R. 108 (as to facts).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 125.
Loi sur la capitale nationale, L.R.C. (1985), ch. N-4, art. 10, 16.
Loi sur la conservation du patrimoine naturel, RLRQ, ch. C-61.01.
Loi sur la fiscalité municipale, RLRQ, ch. F-2.1, art. 14, 34, 44, 45, 46.
Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts, L.R.C. (1985), ch. M-13, art. 2, 2.1, 3, 9(1)(f), 11(1), 11.1.
 Municipalité de Chelsea, *Règlement de zonage numéro 636-05*, en vigueur le 28 juin 2005, art. 3.8.
Règlement sur les paiements versés par les sociétés d'État, DORS/81-1030, art. 2, 7(1), 12.1.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Halifax (Regional Municipality) c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2012 CSC 29, [2012] 2 R.C.S. 108.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Halifax (Regional Municipality) c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux), 2012 CSC 29, [2012] 2 R.C.S. 108 (quant aux faits).

CONSIDERED:

Montréal (City) v. Montreal Port Authority, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121; *Fortier v. Canada (Attorney General)*, 2022 FC 374; *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504; *Trois-Rivières (City) v. Trois-Rivières Port Authority*, 2015 FC 106, 474 F.T.R. 196; *Toronto (City) v. Toronto Port Authority*, 2010 FC 687, 370 F.T.R. 226; *Frigon c. Saint-Mathieu-Du-Parc (Municipalité de)*, 2013 QCTAQ 04268, 2013 CanLII 21057; *Fernand Gilbert ltée c. Procureure générale du Québec*, 2022 QCCA 209; *Saint-Laurent (City of) v. Canadair Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 79.

REFERRED TO:

Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services), 2001 SCC 41, [2001] 2 S.C.R. 281; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *GCT Canada Limited Partnership v. Vancouver Fraser Port Authority*, 2022 FC 1109; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, 2002 SCC 11, [2002] 1 S.C.R. 249; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5.

AUTHORS CITED

Desjardins, Jean-Guy. *Traité de l'évaluation foncière*, Wilson & Lafleur, 1992.
Public Services and Procurement Canada, *Payments in Lieu of Taxes Dispute Advisory Panel: Rules of Practice* (11 February 2011).

APPLICATION for judicial review of a decision of the National Capital Commission (Commission), in which it determined, pursuant to the *Payments in Lieu of Taxes Act* and the *Crown Corporation Payments Regulations*, the total amount payable as payments in lieu of taxes to the applicant for the 2018–2020 triennial roll in respect of some thirty federal properties within Gatineau Park that are located within its territory. Application dismissed.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal, 2010 CSC 14, [2010] 1 S.C.R. 427; *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121; *Fortier c. Canada (Procureur général)*, 2022 CF 374; *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504; *Trois-Rivières (Ville) c. Administration portuaire de Trois-Rivières*, 2015 CF 106; *Toronto (Ville) c. Administration portuaire de Toronto*, 2010 CF 687; *Frigon c. Saint-Mathieu-Du-Parc (Municipalité de)*, 2013 QCTAQ 04268, 2013 CanLII 21057; *Fernand Gilbert ltée c. Procureure générale du Québec*, 2022 QCCA 209; *Saint-Laurent (Ville de) c. Canadair Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 79.

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux), 2001 CSC 41, [2001] 2 R.C.S. 281; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *GCT Canada Limited Partnership c. Administration portuaire Vancouver Fraser*, 2022 CF 1109; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5.

DOCTRINE CITÉE

Desjardins, Jean-Guy. *Traité de l'évaluation foncière*, Wilson & Lafleur, 1992.
Services publics et Approvisionnement Canada. *Comité consultatif sur le règlement des différends associés aux paiements en remplacement d'impôts : Règles de pratique* (11 février 2011).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de la capitale nationale, à l'issue de laquelle elle a déterminé le montant total à verser à titre de paiement en remplacement d'impôts à la demanderesse, pour le rôle triennal 2018 à 2020, à l'égard de propriétés fédérales à l'intérieur du Parc de la Gatineau qui sont situées sur son territoire. Demande rejetée.

APPEARANCES

Paul Wayland and Simon Frenette for applicant.

Vincent Veilleux and Isabelle Mathieu-Millaire for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

DHC Avocats, Montréal, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following is the English version of the reasons for judgment and judgment rendered by

PAMEL J:

I. Overview

[1] The Municipality of Chelsea (Municipality) is seeking judicial review of a decision of the chief executive officer of the National Capital Commission (Commission) dated November 19, 2021, in which the Commission determined, pursuant to the *Payments in Lieu of Taxes Act*, R.S.C., 1985, c. M-13 (PILT Act), and the *Crown Corporation Payments Regulations*, SOR/81-1030 (Regulations), the total amount payable as payments in lieu of taxes (PILTs) to the Municipality for the 2018–2020 triennial roll in respect of some thirty federal properties within Gatineau Park (Park) that are located within its territory (federal properties).

[2] In the context of the dispute between the parties regarding the calculation of the PILTs and in response to the Commission’s opinion in this regard, the Municipality sought the intervention of the advisory panel (Panel), which gave a majority opinion in favour of the Municipality’s position, including in respect of the value of the requested amounts. The Commission’s final decision reflected some of the Panel’s recommendations and disregarded others, in addition to relying on analyses conducted after the opinion was provided to the parties. Overall, the Commission determined that the amounts to be paid as PILTs represented approximately 50 percent of the amounts requested by the Municipality.

ONT COMPARU :

Paul Wayland et Simon Frenette pour la demanderesse.

Vincent Veilleux et Isabelle Mathieu-Millaire pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DHC Avocats, Montréal, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Voici les motifs du jugement et le jugement rendus en français par

LE JUGE PAMEL :

I. Aperçu

[1] La municipalité de Chelsea (Municipalité) demande le contrôle judiciaire d’une décision du premier dirigeant de la Commission de la capitale nationale (Commission) datée du 19 novembre 2021, à l’issue de laquelle la Commission a déterminé, en vertu de la *Loi sur les paiements versés en remplacement d’impôts*, L.R.C. (1985), ch. M-13 (LPRI), et du *Règlement sur les paiements versés par les sociétés d’État*, DORS/81-1030 (Règlement), le montant total à verser à titre de paiement en remplacement d’impôts (PERI) à la Municipalité, pour le rôle triennal 2018 à 2020, à l’égard d’une trentaine de propriétés fédérales à l’intérieur du Parc de la Gatineau (Parc) qui sont situées sur son territoire (propriétés fédérales).

[2] Dans le cadre du conflit entre les parties concernant le calcul des PERI, et suivant le conseil de la Commission à cet égard, la Municipalité a demandé l’intervention du comité consultatif (Comité), lequel a rendu un avis majoritairement favorable à la position de la Municipalité, notamment quant à la valeur des montants demandés. La décision finale de la Commission a retenu une partie des recommandations du Comité et en a écarté certaines autres, en plus de s’appuyer sur des analyses effectuées postérieurement à la remise de l’avis aux parties. Globalement, la Commission a retenu des montants à verser à titre de PERI représentant environ 50 p. 100 des montants demandés par la Municipalité.

[3] The Municipality contends that, through its conduct, the Commission breached the legitimate expectations it had created, namely, that it undertook to make a decision in accordance with the Panel's recommendations. It also submits that the Commission's decision is unreasonable, as it runs counter to the objective of the statutory regime governing the payment of PILTs, disregards the Panel's insights on the principles that apply to the assessment of federal properties, and is based on factors that were not disputed before the Panel.

[4] For the following reasons, the Municipality did not satisfy me that the Commission breached its duty of procedural fairness or that its decision was unreasonable. Consequently, this application for judicial review is dismissed in its entirety.

II. Legislative framework

[5] I have provided the statutory and regulatory provisions relevant to this application in the appendix to my decision.

[6] The statutory framework for PILTs has been clearly defined by the jurisprudence of the federal courts and the Supreme Court. For the purposes of this application, it is helpful to recall the essential elements while taking into account the statutory scheme governing the Commission, as contained in its home statute, the *National Capital Act*, R.S.C., 1985, c. N-4 (NCA), which also provides for the payment of grants to municipalities to compensate them for the loss of tax.

[7] Under section 125 of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], the federal Crown is exempt from provincial and municipal taxation. However, aware that Crown properties form part of the territorial fabric of the provinces and municipalities and recognizing the importance of services provided to these properties by municipalities, the federal legislator put in place a compensation system governed by the PILT Act and its regulations (*Montréal (City) v. Montreal Port*

[3] La Municipalité prétend que la Commission, par sa conduite, a contrevenu aux attentes légitimes qu'elle avait créées à son endroit, à savoir qu'elle s'engageait à rendre une décision conforme aux recommandations du Comité. Elle soutient également que la décision de la Commission est déraisonnable, puisqu'elle va à l'encontre de l'objectif du régime législatif encadrant le versement des PERI, fait fi des enseignements du Comité quant aux principes applicables à l'évaluation des propriétés fédérales et s'appuie sur des éléments qui n'ont pas été débattus devant le Comité.

[4] Pour les motifs qui suivent, la Municipalité ne m'a pas convaincu ni que la Commission avait manqué à son obligation d'équité procédurale ni que sa décision était déraisonnable. Conséquemment, la présente demande de contrôle judiciaire est rejetée dans son entièreté.

II. Cadre législatif

[5] J'ai indiqué en annexe de ma décision le détail des dispositions législatives et réglementaires pertinentes aux fins de la présente demande.

[6] Le cadre législatif entourant les PERI a été clairement défini par la jurisprudence des Cours fédérales et de la Cour suprême. Pour les fins de la présente demande, il convient d'en rappeler les éléments essentiels, tout en prenant en compte le régime juridique propre à la Commission en la matière et contenu dans sa loi constitutive, la *Loi sur la capitale nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-4 (LCN), lequel prévoit également le versement de subventions aux municipalités à titre d'indemnisation fiscale.

[7] Aux termes de l'article 125 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 Couronne fédérale est exemptée d'imposition provinciale et municipale. Néanmoins, conscient que les propriétés de la Couronne s'insèrent dans le tissu des territoires provinciaux ou municipaux, et reconnaissant l'importance des services offerts par les municipalités auxdites propriétés, le législateur fédéral a mis en place un régime de compensation encadré par la

Authority, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427 (*Montreal Port Authority*), at paragraphs 13–14).

[8] The PILT Act applies to federal property owned by His Majesty in right of Canada that is under the administration of a minister of the Crown or a corporation included in Schedules III or IV to this act (section 2). Section 2.1 of the PILT Act states that its purpose is “to provide for the fair and equitable administration of payments in lieu of taxes.” As a reference factor, the PILT Act uses the “real property tax” established by a “taxing authority” (section 2).

[9] The Minister may, on application from a taxing authority, make a payment in lieu of a real property tax for a taxation year in respect of any federal property on its territory (section 3). As a Crown corporation listed in Schedule III to the PILT Act, the Commission must make PILTs in the manner prescribed in the Regulations. Subsection 7(1) of the Regulations provides that the PILTs paid by a Crown corporation shall not be less than the product of the effective rate and the property value of the property. It should be noted that in this case, the only thing opposing the parties is the determination of the property value of the federal properties. This is the value that a Crown corporation would consider to be attributable by an assessment authority to its Crown corporation property as the basis for computing the amount of any real property tax that would be applicable to that property if it were taxable property.

[10] To this end, the principles guiding the assessment of properties in Quebec are contained in the *Act respecting Municipal Taxation*, CQLR, c. F-2.1 (AMT), and its regulations. This assessment must take into account not only the condition of the unit of assessment, the property market conditions and the most likely use made of the unit (section 46), but also the incidence that the realization of the benefits or losses that the unit of assessment may bring, considered objectively, may have on its most likely sale price (section 45).

LPRI et ses règlements d’application (*Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 S.C.R. 427 (*Administration portuaire de Montréal*), aux paragraphes 13–14).

[8] La LPRI s’applique à l’égard des propriétés fédérales appartenant à Sa Majesté du chef du Canada dont la gestion est confiée à un ministre fédéral ou à une personne morale mentionnée à ses annexes III ou IV (article 2). Aux termes de son article 2.1, la LPRI a pour objet « l’administration juste et équitable des paiements versés en remplacement d’impôts ». La LPRI utilise comme facteur de référence l’« impôt foncier » établi par une « autorité taxatrice » (article 2).

[9] Le ministre peut, à la demande d’une autorité taxatrice, verser un paiement pour toute propriété fédérale située sur son territoire en remplacement de l’impôt foncier pour une année d’imposition donnée (article 3). À titre de société d’État énumérée à l’annexe III de la LPRI, la Commission doit verser des PERI selon les modalités prévues au Règlement. Le paragraphe 7(1) du Règlement prévoit que les PERI versés par une société d’État ne doivent pas être inférieurs au produit du taux effectif et de la valeur effective de la propriété. Il est à noter que dans la présente affaire, l’opposition entre les parties concerne uniquement la détermination de la valeur effective des propriétés fédérales. Celle-ci correspond à la valeur qui, de l’avis de la société d’État, serait déterminée par une autorité évaluatrice comme base du calcul de l’impôt foncier applicable à sa propriété si celle-ci était imposable.

[10] À cet effet, les principes guidant l’évaluation des propriétés sur le territoire québécois sont contenus à la *Loi sur la fiscalité municipale*, RLRQ, ch. F-2.1 (LFM), et ses règlements d’application. Cette évaluation doit notamment tenir compte de l’état de l’unité d’évaluation, des conditions du marché immobilier et de l’utilisation qui est la plus probable quant à l’unité (article 46), mais aussi de l’incidence que peut avoir sur le prix de vente le plus probable de l’unité la considération des avantages ou désavantages qu’elle peut apporter, en les considérant de manière objective (article 45).

[11] Moreover, even before the Regulations were enacted, Parliament, in section 16 of the NCA, conferred on the Commission a compensation authority similar to that provided by the PILT Act. Subsection 16(1) of the NCA provides that the Commission may pay grants to a local municipality not exceeding the taxes that might be levied by the municipality in respect of any real property of the Commission if the Commission were not an agent of His Majesty. Although subsection 16(2) excludes parks from this category, Gatineau Park is reintroduced to it by virtue of subsection 16(3), which provides that the Commission may pay grants to the competent authorities in respect of real property of the Commission situated in Gatineau Park not exceeding in any tax year the amounts estimated by the Commission to be sufficient to compensate such authorities for the loss of tax revenue incurred during that tax year in respect of municipal and school taxes by reason of the acquisition of the property by the Commission. In this case, central to the dispute between the parties as to the appropriate method for computing the property value of the federal properties is the question of taking into account the objective constraints arising from the Commission's acquisition of these properties in order to dedicate them to conservation.

[12] That said, it should be noted that, notwithstanding any other Act of Parliament or its regulations, the Commission, as a corporation listed in Schedule III to the PILT Act, shall comply with the Regulations for any payment made in lieu of real property tax (subsection 11(1) of the PILT Act). In other words, it is the Regulations, adopted pursuant to paragraph 9(1)(f) of the PILT Act, that determine the method of computing these payments, notwithstanding any other statutory provisions, including section 16 of the NCA.

[13] However, as in this case, disagreements sometimes arise between taxing authorities and Crown corporations as to how to perform the computations leading to the determination of PILTs. For this reason, the PILT Act provides for the appointment of an advisory panel that shall give advice to the Crown corporation on the property value of any federal property, following a process of consultation with the parties (section 11.1 of the PILT Act; section 12.1 of the Regulations). As the Panel was asked for advice in this case, it will be necessary to

[11] D'autre part, le législateur fédéral a conféré à la Commission, avant même l'adoption du Règlement, un pouvoir d'indemnisation similaire à celui prévu par la LPRI, à l'article 16 de la LCN. En effet, le paragraphe 16(1) de la LCN prévoit que la Commission peut verser aux municipalités locales des subventions n'excédant pas le montant des taxes qui pourraient être perçues par celles-ci sur ses biens immeubles si elle n'était pas mandataire de Sa Majesté. Bien que les parcs soient exclus de cette catégorie par le paragraphe 16(2), le Parc de la Gatineau y est réintroduit par l'effet du paragraphe 16(3), qui prévoit que la Commission peut verser aux autorités compétentes, pour ceux de ses biens immeubles situés dans le Parc de la Gatineau, des subventions n'excédant pas, dans une année fiscale donnée, les montants qu'elle estime suffisants pour indemniser ces autorités des pertes de revenu de taxes municipales et scolaires subies par elles pendant l'année en question du fait de l'acquisition de ces biens par la Commission. En l'espèce, au cœur du débat entre les parties quant à la méthode de calcul appropriée de la valeur effective des propriétés fédérales réside la question de la prise en compte des contraintes objectives découlant de l'acquisition de ces propriétés par la Commission afin de les vouer à la conservation.

[12] Cela étant dit, il convient de noter que la Commission, à titre de personne morale énumérée à l'annexe III de la LPRI, et par dérogation à toute autre loi fédérale ou à ses règlements, est tenue de se conformer au Règlement pour tout paiement versé en remplacement de l'impôt foncier (paragraphe 11(1) de la LPRI). Autrement dit, c'est le Règlement, adopté en vertu de l'alinéa 9(1)f) de la LPRI, qui fixe la méthode de calcul de ces paiements, nonobstant toute autre disposition législative, dont l'article 16 de la LCN.

[13] Or, il arrive, comme en l'espèce, qu'un désaccord naisse entre une autorité taxatrice et une société d'État concernant la manière dont doivent être effectués les calculs qui mènent à la détermination des PERI. À cet effet, la LPRI prévoit la constitution d'un comité consultatif ayant pour mandat de donner des avis à la société d'État relativement, entre autres, à la valeur effective d'une propriété fédérale, suivant la tenue d'un processus de consultation des parties (article 11.1 de la LPRI; article 12.1 du Règlement). Le Comité ayant été saisi

assess the incidence of the Panel's opinion on the reasonableness of the Commission's decision.

III. Background

[14] Following the deposit of the 2018–2020 triennial roll by the Municipalité régionale de comté des Collines-de-l'Outaouais (regional county municipality of the Collines-de-l'Outaouais) (MRC), the Municipality filed applications for PILTs with the Commission in respect of federal properties situated within the Municipality's territory. These applications were based on increases in value in roll ranging from 19 percent to 25 percent for these properties. By comparison, the average increase for any immovable type in the municipality of Chelsea was 3.9 percent.

[15] In response to these seemingly targeted, significant increases, a Commission assessment officer submitted requests for justification to the MRC in November 2017. In response, the MRC sent the Commission a table of [TRANSLATION] "comparable" sales in March 2018. The parcels of land that were sold were generally smaller than the ones under consideration, and their zoning allowed for residential development. They were situated in developed areas of the Municipality and had mostly been sold by real estate developers.

[16] Subsequently, there were various exchanges and meetings between the Commission, the MRC and the Municipality. In March and June 2018, the Commission made PILTs to the Municipality for its properties on the basis of its own calculations. In an effort to reach an agreement, discussions between the parties continued between September and December 2018, to no avail.

[17] On September 24, 2019, through its lawyers, the Municipality sent the Panel a request for advice on the federal properties for the purposes of the 2018–2020 triennial roll. There were two types of property: large parcels of land and smaller parcels of land in residential pockets along Kingsmere and Meech lakes, within which residential construction is permitted. For the purposes of this application, consideration should be given

dans le cadre de la présente affaire, il sera notamment question d'évaluer l'incidence de l'avis rendu par celui-ci sur la raisonnablement de la décision de la Commission.

III. Contexte

[14] Suivant le dépôt du rôle triennal pour les années 2018 à 2020 par la Municipalité régionale de comté des Collines-de-l'Outaouais (MRC), la Municipalité a formulé des demandes de PERI auprès de la Commission à l'égard des propriétés fédérales situées sur son territoire. Ces demandes étaient fondées sur des augmentations de valeurs au rôle de l'ordre de 19 p. 100 à 25 p. 100 pour ces propriétés. À titre comparatif, la moyenne d'augmentation pour tout type d'immeubles dans la municipalité de Chelsea était de 3,9 p. 100.

[15] Face à ces augmentations en apparence ciblées et considérables, un agent d'évaluation foncière de la Commission a soumis des demandes de justification à la MRC en novembre 2017. En réponse, la MRC a transmis à la Commission, en mars 2018, un tableau de ventes dites « comparables ». Les terrains ayant fait l'objet de ces ventes étaient, de manière générale, plus petits que ceux à l'étude, et leur zonage permettait le développement résidentiel. Ils étaient situés dans des secteurs développés de la Municipalité, et avaient pour la plupart été transigés par des promoteurs immobiliers.

[16] Par la suite, des échanges et rencontres ont eu lieu entre la Commission, la MRC et la Municipalité. En mars et juin 2018, la Commission a versé des PERI à la Municipalité pour ses propriétés sur la base de ses propres calculs. Entre septembre et décembre 2018, les discussions se sont poursuivies entre les parties afin de parvenir à une entente, mais en vain.

[17] Le 24 septembre 2019, par le biais de ses avocats, la Municipalité a transmis au Comité une demande d'avis à l'égard des propriétés fédérales pour les fins du rôle triennal 2018 à 2020. Ces propriétés étaient de deux types, soit des terrains de grande superficie et des terrains de plus petite superficie situés dans des enclaves résidentielles en bordure des lacs Kingsmere et Meech, à l'intérieur desquelles la construction de résidences est

to the parties' submissions to the Panel on the possibility of the Commission aggregating the units of assessment entered separately on the MRC's roll for the purpose of computing the property value of the federal properties, as well as the method for computing the property values of large parcels of land. Since the Municipality has asserted before the Court that the Commission should have followed the Panel's advice in all respects, it follows that the Municipality is contesting only those aspects of the decision that deviate from the advice. As a result, since the Commission accepted the Panel's recommendations regarding the property value of the small parcels of land that it decided not to aggregate with the adjacent large parcels of land, these values and how they were computed are not the subject of any disagreement between the parties.

[18] At the hearing before the Panel, which was held from November 16 to 20, 2020, the Commission heard from Neil Gold, a chartered appraiser and senior director at Altus Group Ltd. Mr. Gold suggested that the Panel aggregate all units of assessment corresponding to the federal properties into one unit. He also proposed an assessment of the federal properties based on highest and best use (H&BU), that is, a natural space dedicated to conservation and recreation, and taking into account their large area. For its part, the Municipality heard from Marc Lépine, a chartered appraiser at LBP Évaluateurs agréés, which is also a signatory of the MRC's assessment roll. Mr. Lépine essentially defended a property-value analysis based on the behaviour of local real estate market participants and was opposed to aggregating the units of assessments as proposed by Mr. Gold.

[19] On February 16, 2021, the Panel delivered its advice. In respect of the issue of the aggregation desired by the Commission, the Panel concluded that the large parcels of land and some small parcels of land could be aggregated as this met the conditions set out in section 34 of the AMT. However, it did not recommend doing so because of the impact that such an aggregation would have on immovable categories and therefore the effective rate applicable to the properties.

permise. Pour les fins de la présente demande, il convient de s'intéresser aux observations présentées par les parties devant le Comité concernant la possibilité pour la Commission de regrouper, aux fins du calcul de la valeur effective des propriétés fédérales, les unités d'évaluation inscrites séparément au rôle de la MRC, ainsi que la méthode de calcul de la valeur effective des terrains de grande superficie. En effet, puisque la Municipalité affirme devant la Cour que la Commission aurait dû suivre l'avis du Comité en tous points, il s'ensuit que seuls les éléments de la décision qui s'en écartent sont contestés par la Municipalité. Ainsi, la Commission ayant accepté les recommandations du Comité concernant la valeur effective des terrains de petite superficie qu'elle a décidé de ne pas regrouper avec les terrains adjacents de grande superficie, ces valeurs et leur calcul ne font l'objet d'aucun désaccord entre les parties.

[18] Dans le cadre de l'audience devant le Comité, qui s'est tenue du 16 au 20 novembre 2020, la Commission a fait entendre M. Neil Gold, évaluateur agréé et directeur principal chez Groupe Altus limitée. M. Gold a proposé au Comité de regrouper en une seule toutes les unités d'évaluation correspondant aux propriétés fédérales. Il a également fait valoir une évaluation fondée sur l'usage le meilleur et le plus profitable (UMEPP) des propriétés fédérales, soit celui d'espace naturel dédié à la conservation et à la récréation, et sur la prise en compte de leur importante superficie. Pour sa part, la Municipalité a fait entendre M. Marc Lépine, évaluateur agréé chez LBP Évaluateurs agréés, aussi signataire du rôle d'évaluation de la MRC. M. Lépine a essentiellement défendu une analyse de la valeur des propriétés basée sur le comportement des acteurs du marché immobilier local, tout en s'opposant au regroupement des unités d'évaluation proposé par M. Gold.

[19] Le 16 février 2021, le Comité a rendu son avis. Concernant la question du regroupement souhaité par la Commission, le Comité a conclu que le regroupement des terrains de grande superficie et de certains terrains de petite superficie pouvait être fait, puisqu'il satisfaisait aux conditions prévues à l'article 34 de la LFM. Il ne l'a pourtant pas recommandé, en raison des conséquences qu'aurait un tel regroupement sur les catégories d'immeuble, et donc le taux effectif applicable aux propriétés.

[20] As to how to compute the property value, the majority of the Panel adopted the Municipality's approach. The Panel was of the view that, despite the lack of sales of institutional land reported by the Municipality's appraiser, the comparison with the local market was more credible than the approach suggested by the Commission's expert. For example, the sales compiled by Mr. Lépine of large parcels of land, albeit smaller than the federal properties and used for different purposes, were more likely to show what the Commission would have to pay if it were both the purchaser and the seller of these properties, in accordance with section 44 of the AMT. The Panel also analyzed section 16 of the NCA and concluded that in order to determine the loss in municipal and school taxes resulting from the Commission's acquisition of the properties, the Panel had to consider alternative uses and observe the local market's behaviour. The Panel therefore assessed a total property value of \$106,372,900 for the large parcels of land whose value on the roll was \$115,406,500.

[21] Upon receipt of the opinion, the Commission noted the importance the Panel attached to the location of comparable sales and the Panel's findings preferring Mr. Lépine's comparables but rejecting those of its own expert. But the Commission found that the Panel was wrong in not considering the H&BU and the surface area of the parcels of land as relevant factors in determining the property value of the federal properties. The Commission therefore carried out additional analyses to obtain measurements in order to be able to adjust the values identified by the Municipality's expert, taking into account location, H&BU and area.

[22] The Commission also recognized that a single unit of assessment created by aggregating all the parcels of land would be so large that it would become very difficult to find truly comparable transactions in terms of use, surface area and location in order to be able to establish the value of that unit. Therefore, the Commission did not adopt its initial approach to aggregate the large parcels of land. However, it was of the view that seven small parcels of land met all the conditions applicable in

[20] Quant au calcul de la valeur effective, le Comité a majoritairement retenu l'approche de la Municipalité. Le Comité était d'avis que, malgré l'absence de ventes de terrains à caractère institutionnel rapportées par l'évaluateur de la Municipalité, la comparaison au marché local était plus crédible que la démarche suggérée par l'expert de la Commission. Ainsi, les ventes de terrains de grande superficie répertoriées par M. Lépine, quoique d'une superficie inférieure à celles des propriétés fédérales, et à usage différent de celui-ci, étaient plus susceptibles de montrer ce que la Commission devrait payer si elle était à la fois l'acheteur et le vendeur de ces propriétés, conformément à l'article 44 de la LFM. Le Comité a également procédé à une analyse de l'article 16 de la LCN et en a conclu qu'afin de déterminer le manque à gagner en taxes municipales et scolaires découlant de l'acquisition des propriétés par la Commission, le Comité devait envisager des utilisations alternatives et observer le comportement du marché local. Le Comité a ainsi retenu une valeur effective totale de 106 372 900 \$ pour les terrains de grande superficie, alors que leur valeur inscrite au rôle était de 115 406 500 \$.

[21] Suivant la réception de l'avis, la Commission a constaté l'importance accordée par le Comité à la localisation des ventes comparables et pris acte de ses conclusions accueillant les comparables de M. Lépine et rejetant ceux de son expert. Par contre, la Commission a estimé que le Comité faisait fausse route en ne considérant pas l'UMEPP et la superficie des terrains comme des facteurs pertinents à la détermination de la valeur effective des propriétés fédérales. La Commission a donc effectué des analyses supplémentaires afin d'obtenir des mesures permettant d'ajuster les valeurs identifiées par l'expert de la Municipalité, pour ainsi tenir compte à la fois de localisation, de l'UMEPP et de la superficie.

[22] La Commission a également reconnu qu'une unité d'évaluation unique créée par le regroupement de tous les terrains serait d'une telle envergure qu'il deviendrait très difficile de trouver des transactions réellement comparables en usage, en superficie et en localisation, afin d'en établir la valeur. La Commission n'a donc pas donné suite à son approche initiale quant au regroupement des terrains de grande superficie. Cependant, elle était d'avis que sept terrains de petite superficie

order to be aggregated with neighbouring large parcels of land, in accordance with section 34 of the AMT.

[23] On September 28, 2021, in light of these considerations, the Commission sent the Municipality the contents of its additional analyses and the new values resulting from its calculations, asking it to provide comments before the Commission finalized its recommendation to the chief executive officer.

[24] On October 7, the Municipality formally demanded that the Commission make a final decision in accordance with the findings in the Panel's advice, stating that it considered the new factors submitted by the Commission to be inadmissible, in part because they had not been submitted to the Panel. The Municipality was also of the view that the Commission had previously undertaken to make a decision on the basis of the Panel's recommendations. In its letter of reply dated October 15, 2021, the Commission informed the Municipality that it considered the advice to be a recommendation to which new factors could be added and again asked the Municipality to comment on or to respond to them, and to provide any other item deemed relevant. The Municipality reiterated its objection to the Commission's new approaches and insisted that the Commission issue a decision within 10 days, which it did on November 19, 2021.

[25] The Commission's decision identifies the amounts to be paid to the Municipality as PILTs for the aggregated large and small parcels of land, namely, \$358,119.81 for 2018; \$370,632.02 for 2019; and \$383,240.85 for 2020, calculated on the basis of a property value of \$48,309,700 for these parcels of land. The decision recognizes the importance of seriously considering the Panel's recommendations but notes that the Commission is not bound by them as its role is to make a decision it considers to be consistent with all the facts before it and with the applicable principles. In this regard, the decision states that the Commission considered not only the Panel's opinion and the positions of the Municipality and the Commission's PILT team but also the land assessment principles applicable in Quebec in order to determine the property value of the federal properties.

satisfaisaient toutes les conditions applicables pour être regroupés avec les terrains de grande superficie leur étant adjacents, conformément à l'article 34 de la LFM.

[23] Le 28 septembre 2021, à l'aune de ces considérations, la Commission a communiqué à la Municipalité le contenu de ses analyses supplémentaires et les nouvelles valeurs résultant de ses calculs, l'invitant à formuler tout commentaire avant la finalisation de sa recommandation au premier dirigeant.

[24] Le 7 octobre, la Municipalité a mis la Commission en demeure de rendre sa décision finale conformément aux conclusions émises par le Comité dans son avis, précisant qu'elle considérait les nouveaux éléments soumis par la Commission comme non recevables, notamment puisqu'ils n'avaient pas été présentés au Comité. La Municipalité était également d'avis que la Commission s'était engagée par le passé à rendre une décision sur la base des recommandations du Comité. Dans sa lettre de réponse datée du 15 octobre 2021, la Commission a indiqué à la Municipalité qu'elle considérait l'avis comme une recommandation à laquelle pouvait s'ajouter des éléments nouveaux, et réinvité la Municipalité à les commenter ou à y répondre et à fournir tout autre élément jugé pertinent. La Municipalité a réitéré son opposition aux nouvelles démarches de la Commission et insisté pour que celle-ci rende sa décision dans les dix jours, ce qu'elle a fait le 19 novembre 2021.

[25] La décision de la Commission identifie les montants à verser à la Municipalité à titre de PERI pour les terrains de grande superficie et les terrains de petite superficie ayant été regroupés à 358 119,81 \$ pour l'année 2018, à 370 632,02 \$ pour l'année 2019 et à 383 240,85 \$ pour l'année 2020, calculés sur la base d'une valeur effective de ces terrains totalisant 48 309 700 \$. La décision reconnaît l'importance de considérer avec sérieux les recommandations faites par le Comité, mais souligne que la Commission n'est pas liée par celles-ci, puisque son rôle consiste à rendre la décision qu'elle considère conforme à tous les faits portés à sa connaissance et aux principes applicables. À cet égard, la décision mentionne que tant l'avis du Comité, la position de la Municipalité et celle de l'équipe de la Commission responsable des PERI que les principes applicables à l'évaluation foncière des propriétés en

territoire québécois ont été considérés aux fins de déterminer la valeur effective des propriétés fédérales.

IV. Issues

[26] The issues raised by this application, worded similarly by the parties, can be summarized as follows:

- A. Did the Commission, through its conduct, undertake to follow the recommendations made by the Panel in its opinion of February 16, 2021?
- B. Is the Commission's decision reasonable?
- C. If the Commission's decision is unreasonable, what are the appropriate remedies?
- D. Does the Commission's conduct justify reimbursement of the extrajudicial fees incurred by the Municipality?

V. Standard of review

[27] The first issue raised by the Municipality engages the doctrine of legitimate expectations, which has been recognized by the Supreme Court as an extension of the rules of natural justice and procedural fairness (*Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, 2001 SCC 41, [2001] 2 S.C.R. 281 (*Mount Sinai*), at paragraph 32; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, at page 1204). On this issue, the Court must ask “whether the procedure was fair having regard to all of the circumstances” and the ultimate question is “whether the applicant knew the case to meet and had a full and fair chance to respond” (*Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121, at paragraphs 54 and 56; *Fortier v. Canada (Attorney General)*, 2022 FC 374 (*Fortier*), at paragraph 15).

[28] Furthermore, it is not disputed that the standard of review applicable to the Commission's decision is reasonableness (*Canada (Minister of Citizenship and*

IV. Questions en litige

[26] Les questions soulevées par la présente demande, et formulées de façon similaire par les parties, peuvent se résumer de la manière suivante :

- A. La Commission s'est-elle engagée, par sa conduite, à suivre les recommandations rendues par le Comité dans son avis du 16 février 2021?
- B. La décision de la Commission est-elle raisonnable?
- C. Si la décision de la Commission est déraisonnable, quelles sont les mesures de redressement appropriées?
- D. La conduite de la Commission justifie-t-elle le remboursement d'honoraires extrajudiciaires engagés par la Municipalité?

V. Norme de contrôle

[27] La première question soulevée par la Municipalité fait intervenir la théorie des attentes légitimes, qui a été reconnue par la Cour suprême comme le prolongement des règles de justice naturelle et de l'équité procédurale (*Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, 2001 CSC 41, [2001] 2 R.C.S. 281 (*Mont-Sinai*), au paragraphe 32; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, à la page 1204). À cet égard, la Cour doit se demander « si la procédure était équitable eu égard à l'ensemble des circonstances » et la question fondamentale est « celle de savoir si le demandeur connaissait la preuve à réfuter et s'il a eu possibilité complète et équitable d'y répondre » (*Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121, aux paragraphes 54 et 56; *Fortier c. Canada (Procureur général)*, 2022 CF 374 (*Fortier*), au paragraphe 15).

[28] Par ailleurs, il n'est pas contesté que la norme de contrôle applicable à la décision de la Commission est celle de la décision raisonnable (*Canada (Ministre de la*

Immigration) v. *Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653 (*Vavilov*), at paragraphs 16–17). The role of the Court is to determine whether the decision bears the hallmarks of reasonableness—justification, transparency and intelligibility—and whether it falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law (*Vavilov*, at paragraphs 85 and 99). The latter aspect of the analysis is all the more central in this case. The Commission’s decision is far from being the result of a binary choice and, on the contrary, requires the assessment of many complex factors, which increases the possibilities for both the decision-making process used and the final outcome. The Court must therefore examine the Commission’s reasons with respectful attention and seek to understand the reasoning process it followed to arrive at its conclusions in order to decide whether the decision as a whole is one that is based on an internally coherent and rational chain of analysis (*Vavilov*, at paragraphs 84–85).

VI. Analysis

A. *Did the Commission, through its conduct, undertake to follow the recommendations made by the Panel in its opinion of February 16, 2021?*

[29] The Municipality contends that the Commission, through its conduct, undertook to follow the Panel’s recommendations. It identifies three factors that it believes created legitimate expectations on its part to this effect, namely, that the Commission asked it to address the Panel, insisted that three members sit on the Panel, and made a commitment to the public to follow the Panel’s insights.

[30] The Municipality claims that it filed a first application with the Panel on September 13, 2018, and a second application on September 24, 2019, on the basis of information given to it by the Commission regarding the possibility for a taxing authority that is unsatisfied with the PILT amount paid to submit an application for review to the advisory panel. The Municipality also alleges that the Commission’s representatives told it that they hoped to reach a consensus through this process and to implement a sustainable approach for the years to come. They also apparently reassured the Municipality’s

Citoyenneté et de l’Immigration) c. *Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (*Vavilov*), aux paragraphes 16–17). Le rôle de la Cour est de déterminer si la décision possède les attributs de la rationalité, soit la justification, la transparence et l’intelligibilité, et si celle-ci appartient aux issues possibles pouvant se justifier au regard des faits et du droit (*Vavilov*, aux paragraphes 85 et 99). Ce dernier aspect de l’analyse est d’autant plus central dans la présente affaire. En effet, la décision de la Commission est loin d’être le fruit d’un choix binaire et, au contraire, commande l’évaluation de facteurs nombreux et complexes, ce qui multiplie les avenues possibles tant quant au processus décisionnel emprunté qu’au résultat final. La Cour doit donc veiller à examiner les motifs de la Commission avec une attention respectueuse et chercher à comprendre le fil du raisonnement qui l’a menée à ses conclusions afin de décider si, dans l’ensemble, la décision est fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle (*Vavilov*, aux paragraphes 84–85).

VI. Analyse

A. *La Commission s’est-elle engagée, par sa conduite, à suivre les recommandations rendues par le Comité dans son avis du 16 février 2021?*

[29] La Municipalité prétend que la Commission, par sa conduite, s’est engagée à suivre les recommandations du Comité. Elle identifie trois éléments qui, selon elle, ont créé des attentes légitimes de sa part à cet effet, soit que la Commission l’a incitée à s’adresser au Comité, a insisté pour que trois membres siègent au Comité et s’est engagée auprès de citoyens à suivre les enseignements du Comité.

[30] En effet, la Municipalité prétend que c’est sur la foi des informations qui lui ont été transmises par la Commission concernant la possibilité, pour une autorité taxatrice insatisfaite du montant versé à titre de PERI, de présenter une demande de révision au comité consultatif, qu’elle a déposé une première demande au Comité le 13 septembre 2018, puis une seconde le 24 septembre 2019. La Municipalité allègue également que les représentants de la Commission lui ont affirmé qu’ils espéraient, par ce processus, trouver un consensus et mettre en place une approche soutenable pour les années à

representatives on several occasions, asking them to trust the statutory process to resolve their dispute and affirming that it was a [TRANSLATION] “good process”. Given the lengthiness of this process and the significant costs involved, the Municipality expected the Commission to follow the recommendations.

[31] The Municipality further submits that the Commission insisted that three expert members sit on the Panel at the hearing. According to the Municipality, this request demonstrates the importance that the Commission attached to the process before the Panel when its claims had not yet been rejected, and its willingness to seek the insights of three pan-Canadian experts in order to make a decision in line with the applicable legal principles.

[32] Finally, the Municipality refers to two letters dated January 8, 2019, sent by the Commission’s chief executive officer to residents concerned about the impact of the future PILT decisions on the Municipality’s taxpayers. The first one, written in English, stated that “the [Commission] will respect the established process of the Payment in-Lieu of Taxes Dispute Advisory Panel and will follow the conclusions that will ensue”, while the second one, written in French, stated that [TRANSLATION] “the [Commission] will respect the process of the Payments in Lieu of Taxes Dispute Advisory Panel and will take its findings into account” (emphasis added). The Municipality submits that these statements by the Commission demonstrate that it agreed to consider the Panel’s findings and to apply them. The Municipality contends that the combination of these factors justifies the application of the doctrine of legitimate expectations, which compels the Commission to make a decision in accordance with the Panel’s advice.

[33] In my view, the arguments put forward by the Municipality are unlikely to permit the application of the doctrine of legitimate expectations. First, it should be reiterated that the doctrine of legitimate expectations

venir. Ils auraient de plus rassuré les représentants de la Municipalité à diverses reprises, les invitant à faire confiance au processus prévu afin de faire trancher leur différend, et affirmant qu’il s’agissait d’un « bon processus ». Vu la durée substantielle de ce processus et l’importance des coûts engagés, la Municipalité s’attendait à ce que la Commission en suive les recommandations.

[31] La Municipalité soutient par ailleurs que la Commission a insisté pour que trois membres experts siègent au Comité lors de l’audition. Selon la Municipalité, cette demande démontre l’importance que la Commission accordait au processus devant le Comité alors que ses prétentions n’avaient pas encore été rejetées, et sa volonté d’obtenir les enseignements de trois experts pancanadiens afin de permettre une prise de décision conforme aux principes juridiques applicables.

[32] Finalement, la Municipalité réfère à deux lettres datées du 8 janvier 2019 et transmises par le premier dirigeant de la Commission à des citoyens inquiets de l’impact des décisions à venir en matière de PERI sur les contribuables de la Municipalité. La première, rédigée en anglais, indiquait que [TRADUCTION] « la [Commission] respectera le processus établi du Comité consultatif sur le règlement des différends associés aux paiements versés en remplacement d’impôts et suivra les conclusions qui en découleront », tandis que la seconde, rédigée en français, indiquait que « la [Commission] respectera le processus établi du Comité consultatif sur le règlement des différends associés aux paiements versés en remplacement d’impôts et tiendra compte des conclusions qui en découleront » (je souligne). La Municipalité soutient que ces affirmations de la Commission démontrent que cette dernière s’est engagée à tenir compte des conclusions du Comité et à les suivre. La Municipalité prétend que le cumul de ces éléments justifie l’application de la théorie des attentes légitimes, laquelle aurait pour effet de contraindre la Commission à rendre une décision conforme à l’avis du Comité.

[33] À mon sens, les arguments invoqués par la Municipalité ne sont pas de nature à permettre l’application de la théorie des attentes légitimes. Tout d’abord, il convient de rappeler que la théorie des

is only one component of procedural fairness because it is one of the five contextual, non-exhaustive factors established by the Supreme Court in *Baker* to define the procedural rights required by the duty of fairness in given circumstances (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraphs 22–28). Thus, it is not sufficient for the Municipality to demonstrate that the Commission did not satisfy the expectations it created; instead, it must be able to prove that this resulted in the Commission's breaching its duty to act fairly (*GCT Canada Limited Partnership v. Vancouver Fraser Port Authority*, 2022 FC 1109, at paragraph 248).

[34] That said, in *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504 (*Mavi*), the Supreme Court presented the doctrine of legitimate expectations as follows [at paragraph 68]:

Where a government official makes representations within the scope of his or her authority to an individual about an administrative process that the government will follow, and the representations said to give rise to the legitimate expectations are clear, unambiguous and unqualified, the government may be held to its word, provided the representations are procedural in nature and do not conflict with the decision maker's statutory duty.... It will be a breach of the duty of fairness for the decision maker to fail in a substantial way to live up to its undertaking: Brown and Evans, at pp. 7-25 and 7-26.

[35] In *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559 (*Agraira*), the Supreme Court raised the possibility that a legitimate expectation is not created by a procedural commitment but by a commitment as to the substantive outcome [at paragraphs 94–95]:

.... Likewise, if representations with respect to a substantive result have been made to an individual, the duty owed to him by the public authority in terms of the procedures it must follow before making a contrary decision will be more onerous.

The specific conditions which must be satisfied in order for the doctrine of legitimate expectations to apply are summarized succinctly in a leading authority entitled *Judicial Review of Administrative Action in Canada*:

attentes légitimes n'est qu'une composante de l'équité procédurale, puisqu'elle constitue l'un des cinq facteurs contextuels et non exhaustifs établis par la Cour suprême dans l'arrêt *Baker* afin de définir les droits procéduraux requis par l'obligation d'équité dans des circonstances données (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, aux paragraphes 22–28). Ainsi, il ne suffit pas pour la Municipalité de démontrer que la Commission n'a pas satisfait les attentes qu'elle avait créées; plutôt, elle doit parvenir à prouver qu'il en a résulté un manquement de la part de la Commission à son obligation d'agir équitablement (*GCT Canada Limited Partnership c. Administration portuaire Vancouver Fraser*, 2022 CF 1109, au paragraphe 248).

[34] Cela étant dit, la Cour suprême, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504 (*Mavi*), a présenté la théorie des attentes légitimes de la façon suivante [au paragraphe 68] :

Lorsque dans l'exercice du pouvoir que lui confère la loi, un représentant de l'État fait des affirmations claires, nettes et explicites qui auraient suscité chez un administré des attentes légitimes concernant la tenue d'un processus administratif, l'État peut être lié par ces affirmations si elles sont de nature procédurale et ne vont pas à l'encontre de l'obligation légale du décideur [...] Constitue un manquement à son obligation d'équité l'omission substantielle du décideur de respecter sa parole : Brown et Evans, p. 7-25 et 7-26.

[35] Dans l'arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559 (*Agraira*), la Cour suprême a invoqué la possibilité qu'une attente légitime origine, non pas d'un engagement de nature procédurale, mais bien d'un engagement quant à l'issue formelle du processus [aux paragraphes 94–95] :

... De même, si un organisme a fait une représentation à une personne relativement à l'issue formelle d'une affaire, l'obligation de cet organisme envers cette personne quant à la procédure à suivre avant de rendre une décision en sens contraire sera plus rigoureuse.

Les conditions précises à satisfaire pour que s'applique la théorie de l'attente légitime sont résumées succinctement comme suit dans un ouvrage qui fait autorité intitulé *Judicial Review of Administrative Action in Canada* :

The distinguishing characteristic of a legitimate expectation is that it arises from some conduct of the decision-maker, or some other relevant actor. Thus, a legitimate expectation may result from an official practice or assurance that certain procedures will be followed as part of the decision-making process, or that a positive decision can be anticipated. As well, the existence of administrative rules of procedure, or a procedure on which the agency had voluntarily embarked in a particular instance, may give rise to a legitimate expectation that such procedures will be followed. Of course, the practice or conduct said to give rise to the reasonable expectation must be clear, unambiguous and unqualified. [Emphasis added.]

[36] This is what the Municipality alleges here: the Commission's decision should have been in line with the Panel's opinion, as it had committed to. However, there is nothing in the evidence on the record to suggest that the Commission made such a commitment. Rather, it appears that the Commission considered the appropriateness of engaging in the process set out in section 11.1 of the PILT Act, given the disagreement between the parties, and expressed its confidence in reaching a consensus in this way. I also note that the letters referred to by the Municipality are addressed to two citizens and not to the Municipality itself. In addition, the letters express a different commitment depending on the language used, one indicating that the Commission would apply the Panel's conclusions and the other that it would take them into account. In the absence of any specific explanation as to their impact on the expectations, not of the Municipality's residents but of the Municipality itself, I am not satisfied that these letters are clear, unambiguous and unqualified conduct on the part of the Commission justifying an expectation of the kind that is alleged by the Municipality. Similarly, I find that the Municipality has not demonstrated how the Commission's desire to form a three-member rather than a one-member panel could be interpreted as contributing to the clear expression of a commitment on its part to make a decision that is in line with the Panel's findings.

[37] Furthermore, I find that the Commission's request to the Municipality to refer the matter to the Panel, as well as its comments asking it to trust the consultative process, cannot reasonably be interpreted as an expression

[TRANSDUCTION] La caractéristique qui distingue une attente légitime réside dans le fait que celle-ci découle de la conduite du décideur ou d'un autre acteur compétent. Une attente légitime peut donc découler d'une pratique officielle ou d'une assurance voulant que certaines procédures soient suivies dans le cadre du processus décisionnel, ou qu'il soit possible de prévoir une décision favorable. De même, l'existence des règles de procédure de nature administrative ou d'une procédure que l'organisme a adoptée de son plein gré dans un cas particulier, peut donner ouverture à une attente légitime que cette procédure sera suivie. Certes, la pratique ou la conduite qui auraient suscité une attente raisonnable doivent être claires, nettes et explicites. [Je souligne.]

[36] Or, c'est bien ce que la Municipalité allègue en l'espèce : la décision de la Commission aurait dû être conforme à l'avis du Comité, comme elle s'y était engagée. Cependant, rien dans la preuve au dossier ne me permet de conclure qu'un tel engagement a été pris par la Commission. Il en ressort plutôt que la Commission a considéré la pertinence de s'engager dans le processus prévu à l'article 11.1 de la LPRI, compte tenu du désaccord entre les parties, et exprimé sa confiance d'en arriver ainsi à un consensus. Je note également que les lettres auxquelles réfère la Municipalité sont adressées à deux citoyens et non à la Municipalité elle-même. De plus, les lettres font état d'un engagement différent selon la langue utilisée, l'une indiquant que la Commission suivrait les conclusions du Comité, et l'autre qu'elle en tiendrait compte. En l'absence d'explications précises quant à leur impact sur les attentes, non pas des citoyens de la Municipalité, mais de la Municipalité elle-même, je ne suis pas convaincu que ces lettres constituent une conduite nette, claire et précise de la part de la Commission justifiant une expectative de l'ordre de celle qui est alléguée par la Municipalité. De même, je suis d'avis que la Municipalité n'a pas démontré comment la volonté de la Commission de constituer le Comité de trois membres plutôt que d'un seul pouvait être interprétée comme participant à l'expression claire d'un engagement de sa part à rendre une décision conforme aux conclusions du Comité.

[37] Par ailleurs, je considère que l'invitation formulée à la Municipalité par la Commission de saisir le Comité, tout comme ses remarques la conviant à faire confiance au processus consultatif, ne peuvent raisonnablement

of the Commission's waiving its discretion in favour of blindly adopting the Panel's recommendations. Since the authority under the PILT Act, the Regulations and the NCA in respect of the computation of PILTs is unequivocally conferred on the Commission alone, I am of the view that such a waiver would be tantamount to unduly fettering the exercise of the Commission's discretion. In any event, and even assuming that this was the Commission's original intention, the case law clearly indicates that a public authority cannot be held to its word if its representations conflict with its statutory duty (*Mavi*, at paragraph 68; *Mount Sinai*, at paragraph 29). In this regard, the Municipality did not provide any explanations as to how the Commission could reasonably implement the alleged waiver without thereby coming into conflict with its statutory remit.

[38] Moreover, the remedy sought by the Municipality is, in my view, incompatible with the remedies provided for by the doctrine of legitimate expectations. As the Supreme Court pointed out, an important limit on the doctrine of legitimate expectations is that it cannot give rise to substantive rights, that is, the Court may only grant appropriate procedural remedies to respond to the legitimate expectation (*Agraira*, at paragraph 97). In an administrative proceeding, a legitimate expectation can thus give rise to a right to make representations, a right to be consulted or perhaps, if circumstances require, more extensive procedural rights, but it does not otherwise fetter the discretion of a statutory decision maker in order to mandate any particular result (*Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, 2002 SCC 11, [2002] 1 S.C.R. 249, at paragraph 78). However, by requiring that the Commission's decision be consistent with the Panel's advice, the Municipality's expectations necessarily relate to the finality of the decision and mandate a specific result, to which the Commission cannot be legitimately constrained by the application of the doctrine of legitimate expectations.

[39] But there is more. In its correspondence dated September 28 and October 15, 2021, the Commission

être interprétées comme l'expression d'une renonciation par la Commission à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire au profit de l'adoption aveugle des recommandations du Comité. Puisque la délégation de pouvoir prévue par la LPRI, le Règlement et la LCN quant au calcul des PERI est, sans équivoque, attribuée à la Commission uniquement, je suis d'avis qu'une telle renonciation reviendrait pour la Commission à entraver indûment l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Quoi qu'il en soit, et même en supposant que telle ait été l'intention initiale de la Commission, la jurisprudence indique clairement qu'une autorité publique ne peut être liée par des affirmations qui iraient à l'encontre de ses obligations légales (*Mavi*, au paragraphe 68; *Mont-Sinai*, au paragraphe 29). À cet égard, la Municipalité n'a présenté aucune explication sur la façon dont la Commission pouvait raisonnablement donner suite à la renonciation alléguée sans contrevenir, du même coup, à son mandat légal.

[38] Qui plus est, la réparation recherchée par la Municipalité est, selon moi, incompatible avec les remèdes prévus par la théorie des attentes légitimes. Comme le rappelait la Cour suprême, l'impossibilité que la théorie des attentes légitimes constitue la source de droits matériels lui apporte une restriction importante, soit que la Cour, pour répondre à l'expectative légitime, peut uniquement accorder une réparation de nature procédurale (*Agraira*, au paragraphe 97). Au stade du processus administratif, une attente légitime peut ainsi donner lieu au droit de faire des observations, au droit d'être consulté et possiblement, si les circonstances l'exigent, à des droits procéduraux plus étendus, mais ne peut avoir pour effet d'entraver le pouvoir discrétionnaire du décideur de façon à entraîner un résultat particulier (*Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249, au paragraphe 78). Or, en exigeant la conformité de la décision de la Commission à l'avis du Comité, les attentes de la Municipalité portent nécessairement sur la finalité de la décision et commande un résultat précis, ce à quoi la Commission ne peut être légitimement contrainte par l'application de la théorie des attentes légitimes.

[39] Mais il y a plus. La Commission, dans ses correspondances du 28 septembre et du 15 octobre 2021,

clearly stated its position on the non-binding nature of the Panel's advice and its intention to continue its analysis, in addition to asking the Municipality to comment on the results and present its arguments. However, the evidence shows that the Municipality chose not to respond to the Commission's invitations and instead reiterated its opposition to the new approaches taken by the Commission and insisted that it make its decision quickly.

[40] I can understand that the Municipality, as it stated in its memorandum, considered the process before the Panel to be lengthy and costly and was therefore reluctant to continue with the steps involved in resolving its dispute with the Commission. But the remedy provided by the doctrine of legitimate expectations is precisely the possibility of continuing the administrative process in the event that the decision maker changes course. It appears that, in addition to seeking conclusions that are incompatible with the doctrine of legitimate expectations, the Municipality, at the time when it was reasonable to conclude that its expectations would not be satisfied, knowingly refused to exercise its right to make additional representations, which is precisely the remedy provided by the doctrine it is now relying on in support of its claims.

[41] Consequently, I conclude, first, that the Commission's conduct could not give rise to legitimate expectations on the part of the Municipality and second, that the Commission fulfilled its duty of procedural fairness.

B. Is the Commission's decision reasonable?

- (1) The extent of the Commission's discretion when a dispute is brought before the advisory panel and the panel gives its opinion

[42] The first issue raised by the Municipality regarding the reasonableness of the decision concerns the extent of the Commission's discretion. Specifically, the Municipality submits that the Panel's opinion substantially limited the range of reasonable outcomes of the exercise of the Commission's discretion. In support of

a communiqué clairement sa position quant à la nature non contraignante de l'avis du Comité et son intention de poursuivre son analyse, en plus de convier la Municipalité à en commenter les résultats et à faire valoir ses arguments. Or, il ressort de la preuve que la Municipalité a choisi de ne pas donner suite aux invitations de la Commission, et a plutôt réitéré son opposition aux nouvelles démarches entreprises par elle et insisté pour que celle-ci rende sa décision rapidement.

[40] Je peux comprendre que la Municipalité, comme elle l'affirme dans son mémoire, ait considéré le processus devant le Comité comme long et coûteux, se montrant ainsi réticente à poursuivre les démarches qu'impliquait la résolution de son différend avec la Commission. Cependant, le remède prévu par la théorie des attentes légitimes correspond, justement, à la possibilité de poursuivre le processus administratif advenant un changement de cap du décideur. Il en ressort qu'en plus de rechercher des conclusions qui sont incompatibles avec la théorie des attentes légitimes, la Municipalité, au moment où il était raisonnable de conclure que ses attentes ne seraient pas satisfaites, a sciemment refusé de se prévaloir de son droit de présenter des observations supplémentaires, lequel constituait précisément le remède prévu par la théorie qu'elle invoque maintenant au soutien de ses prétentions.

[41] Conséquemment, je conclus, en premier lieu, que la conduite de la Commission n'a pu faire naître d'attentes légitimes de la part de la Municipalité, et, en second lieu, que la Commission s'est aussi acquittée de son obligation en matière d'équité procédurale.

B. La décision de la Commission est-elle raisonnable?

- 1) L'étendue du pouvoir discrétionnaire de la Commission lorsque le Comité consultatif est saisi et rend un avis

[42] Le premier enjeu soulevé par la Municipalité quant à la raisonabilité de la décision concerne l'étendue du pouvoir discrétionnaire de la Commission. Spécifiquement, la Municipalité soutient que l'avis du Comité a eu pour effet de limiter considérablement les issues raisonnables dans l'exercice de sa discrétion. À

its claims, the Municipality cites *Trois-Rivières (City) v. Trois-Rivières Port Authority*, 2015 FC 106, 474 F.T.R. 196 (*Trois-Rivières*), in which Mr. Justice Locke (now with the Federal Court of Appeal) states [at paragraph 68]:

In my view, the opinion of the Advisory Panel is a relevant factor that would limit the range of possible, reasonable outcomes, but it is not the role of the Minister or a Crown corporation to bring a dispute to the Advisory Panel.... This approach deprives the parties of the Advisory Panel's opinion, which, while not binding, would certainly have been subsequently considered by the TPA and, if still necessary, in this application for judicial review.

[43] The Municipality also refers to the *Payments in Lieu of Taxes Dispute Advisory Panel: Rules of Practice* (Rules of Practice), which govern not only the filing of applications for review and the pre-hearing process, but also the rules for the conduct of the hearing and evidence. The Municipality submits that the Panel, in accordance with the Rules of Practice, held an adversarial five-day hearing including cross-examinations, where both parties presented a great deal of evidence through expert reports, lay witnesses and assessment experts. The Municipality therefore contends that the process before the Panel was comprehensive, complete and comparable to a tribunal hearing, seeing it as bearing all the features of a quasi-judicial process.

[44] In addition, the Municipality states that the Panel, made up of three independent expert members, gave a unanimous, reasoned opinion on the evidence and property assessment principles. It contends that the Commission, unlike the Panel, does not have property assessment expertise, citing the objects and purposes of the Commission in section 10 of the NCA:

Objects and purposes of Commission

10 (1) The objects and purposes of the Commission are to prepare plans for and assist in the development, conservation and improvement of the National Capital Region in order that the nature and character of the seat of the Government of Canada may be in accordance with its national significance.

l'appui de ses prétentions, la Municipalité cite la décision *Trois-Rivières (Ville) c. Administration portuaire de Trois-Rivières*, 2015 CF 106 (*Trois-Rivières*), dans laquelle Monsieur le juge Locke (maintenant juge à la Cour d'appel fédérale) mentionne [au paragraphe 68] :

À mon avis, l'opinion du Comité consultatif constitue un élément pertinent qui limitera les issues possibles raisonnables, mais il n'incombe pas au ministre ou à une société d'État de saisir le Comité consultatif [...] Cette approche prive les parties de l'avis du Comité consultatif qui, bien que non contraignant, aurait certes été considéré subséquemment par l'APT et, si toujours nécessaire, dans la présente demande de contrôle judiciaire.

[43] La Municipalité réfère également aux *Comité consultatif sur le règlement des différends associés aux paiements en remplacement d'impôts : Règles de pratique* (Règles de pratique), qui régissent le dépôt d'une demande de révision, la procédure avant l'audience, mais également les règles de tenue de l'audience et de preuve. La Municipalité soutient que le Comité, conformément aux Règles de pratique, a tenu une audience de cinq jours selon un processus contradictoire incluant des contre-interrogatoires, où les deux parties ont présenté une preuve importante par le biais de rapports d'expertise et de témoins ordinaires et experts en évaluation. La Municipalité prétend donc que le processus devant le Comité était exhaustif, complet en soi et assimilable à une audience devant un tribunal, y voyant toutes les marques d'un processus quasi judiciaire.

[44] De plus, la Municipalité affirme que le Comité, formé de trois membres experts indépendants, a rendu un avis motivé et unanime au regard de la preuve et des principes applicables en matière d'évaluation foncière. Elle prétend que la Commission, contrairement au Comité, n'a pas une compétence spécialisée en évaluation foncière, citant la mission de la Commission prévue à l'article 10 de la LCN :

Mission de la Commission

10 (1) La Commission a pour mission d'établir des plans d'aménagement, de conservation et d'embellissement de la région de la capitale nationale et de concourir à la réalisation de ces trois buts, afin de doter le siège du gouvernement du Canada d'un cachet et d'un caractère dignes de son importance nationale.

[45] Relying on *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at paragraph 18, the Municipality alleges that the Panel's expertise on the matters submitted, which is provided for in the statutory framework of the PILT Act, combined with the Commission's lack of specialized expertise, provides the Court with greater authority to intervene in the judicial review of the decision. The Municipality submits that although, since *Vavilov*, the administrative authority's expertise has not been taken into account in determining the applicable standard of review, it must nevertheless be taken into account in conducting the judicial review of the decision (*Vavilov*, at paragraph 31).

[46] In addition, the Municipality submits that it is clear that the Commission asked the Municipality to turn to the Panel for insights into property value and, in so doing, relied on the Panel to resolve the dispute between them. The Municipality contends that in receiving the Panel's opinion on such specialized and specific tax issues, the scope of the Commission's discretion was significantly reduced, and that, by departing markedly from the insights in the Panel's opinion, the Commission necessarily made an arbitrary, unreasonable decision that was not within the range of possible outcomes.

[47] I am of the view that the Municipality's arguments cannot be accepted.

[48] First, it is worth reiterating the principles underlying a Crown corporation's discretion in respect of PILTs, namely, the preservation of the Crown's immunity to taxation, the need for flexibility nationwide, practicality in terms of potential disagreements, difficulty of choice of rate or property value; and protection of federal interests (*Toronto (City) v. Toronto Port Authority*, 2010 FC 687, 370 F.T.R. 226 (*Toronto*), at paragraph 44).

[49] Furthermore, I note that while the question of the extent of the discretion has already been analysed from

[45] S'appuyant sur l'arrêt *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, au paragraphe 18, la Municipalité allègue que l'expertise du Comité sur les questions soumises, laquelle est prévue au cadre législatif de la LPRI, combinée à l'absence d'expertise spécialisée de la Commission, forment un contexte conférant à la Cour un plus grand pouvoir d'intervention dans le cadre du contrôle judiciaire de la décision. La Municipalité soutient que, bien que l'expertise de l'autorité administrative ne soit plus prise en considération dans le cadre de la détermination de la norme de contrôle applicable depuis l'arrêt *Vavilov*, elle doit malgré tout être prise en considération au moment de l'application du contrôle judiciaire de la décision (*Vavilov*, au paragraphe 31).

[46] De plus, la Municipalité prétend qu'il est manifeste que la Commission a incité la Municipalité à s'adresser au Comité afin d'obtenir ses enseignements quant à la valeur effective et, ce faisant, s'en est remise au Comité afin de faire trancher le différend qui les opposait. La Municipalité soutient qu'en recevant l'avis du Comité sur des questions aussi spécialisées et pointues en fiscalité, l'étendue du pouvoir discrétionnaire de la Commission s'est considérablement réduite, et qu'en s'écartant de manière marquée des enseignements contenus à l'avis du Comité, la Commission a nécessairement rendu une décision arbitraire, déraisonnable, et qui n'appartient pas aux issues possibles.

[47] Je suis d'avis que les arguments de la Municipalité ne peuvent être retenus.

[48] Tout d'abord, il convient de rappeler les principes qui sous-tendent le pouvoir discrétionnaire d'une société d'État en matière de PERI, à savoir la préservation de l'immunité de la Couronne en matière d'imposition, la nécessité de faire preuve de souplesse à l'échelle du pays, l'aspect pratique si des différends devaient survenir, les difficultés relatives à l'établissement d'un taux ou de la valeur effective d'une propriété et la protection des intérêts fédéraux (*Toronto (Ville) c. Administration portuaire de Toronto*, 2010 CF 687 (*Toronto*), au paragraphe 44).

[49] Par ailleurs, je constate que la question de l'étendue du pouvoir discrétionnaire, si elle a déjà été analysée

the perspective of a Crown corporation's taking into account the assessments made by taxing or assessment authorities (*Trois-Rivières*, at paragraph 65; *Halifax (Regional Municipality) v. Canada (Public Works and Government Services)*, 2012 SCC 29, [2012] 2 S.C.R. 108 (*Halifax*), at paragraphs 38–42; *Toronto*, at paragraph 57; *Montreal Port Authority*, at paragraph 31), it is being debated for the first time here in terms of the effect of an advisory panel's opinion. In *Toronto* and *Halifax*, where such an opinion had been given, both the Toronto Port Authority and the Minister had more or less adopted the opinion in its entirety, so the issue that is before us did not arise there.

[50] In addition, I agree with the Municipality that the administrative decision maker's expertise, although, since *Vavilov*, no longer relevant in determining the applicable standard of review, continues to be relevant in assessing whether the decision maker exercised its discretion reasonably.

[51] That said, the Municipality's claims that section 10 of the NCA demonstrates that the Commission does not have any property assessment expertise cannot defeat the evidence in the record to the contrary. This evidence reveals that the Commission has a team specifically responsible for computing PILTs, which includes chartered appraisers whose job it is to assess the fair value of all federal heritage properties managed by the Commission and to make recommendations on this subject to its chief executive officer. As part of the dispute that led the parties before the Panel, the Commission also engaged the services of an independent firm of experts, the Altus Group, and heard from Mr. Gold, a chartered appraiser with over 40 years of experience as an expert witness before the courts. While the Municipality points out that a significant portion of Mr. Gold's arguments were rejected by the Panel, I agree with the Commission that this outcome does not cast doubt on his qualifications as an expert or deprive him of his skills and experience. Thus, I consider the Municipality's argument that the Commission has no specialized expertise to be unfounded.

sous l'angle de la prise en compte par une société d'État des évaluations établies par les autorités taxatrices et évaluatrices (*Trois-Rivières*, au paragraphe 65; *Halifax (Regional Municipality) c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2012 CSC 29, [2012] 2 R.C.S. 108 (*Halifax*), aux paragraphes 38–42; *Toronto*, au paragraphe 57; *Administration portuaire de Montréal*, au paragraphe 31), elle est ici débattue pour la première fois sous l'angle de l'impact d'un avis du comité consultatif. En effet, dans les décisions *Toronto* et *Halifax*, où un tel avis avait été rendu, tant l'administration portuaire de Toronto que le ministre l'avaient adopté, à peu de choses près, dans son intégralité, si bien que la question qui nous occupe ne s'était pas posée.

[50] De plus, je suis d'accord avec la Municipalité que l'expertise du décideur administratif, bien qu'elle ne soit plus utile pour déterminer la norme de contrôle applicable depuis l'arrêt *Vavilov*, continue d'être pertinente lorsque vient le temps d'évaluer si ce décideur a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière raisonnable.

[51] Cela étant dit, les prétentions de la Municipalité, selon lesquelles l'article 10 de la LCN démontre que la Commission n'a pas de compétence spécialisée en évaluation foncière, ne peuvent faire échec à la preuve contraire contenue au dossier. En effet, celle-ci révèle que la Commission a une équipe spécifiquement responsable du calcul des PERI qui comprend des évaluateurs agréés, et dont le travail est d'évaluer la juste valeur de tout le patrimoine fédéral géré par la Commission et de faire des recommandations à ce sujet à son premier dirigeant. Dans le cadre du différend qui a mené les parties devant le Comité, la Commission a également retenu les services d'une firme d'experts indépendants, le groupe Altus, et fait entendre M. Gold, un évaluateur agréé qui cumule plus de 40 années d'expérience en tant que témoin expert devant les tribunaux. Bien que la Municipalité souligne qu'une part importante des arguments de M. Gold ait été rejetée par le Comité, je suis d'accord avec la Commission que ce dénouement n'a pas pour effet de remettre en doute sa qualification d'expert ni de lui retirer ses compétences et son expérience. Ainsi, je considère l'argument de la Municipalité quant à l'absence d'expertise spécialisée de la Commission comme étant sans fondement.

[52] Furthermore, in the legislation relevant to this application, I do not see the legal basis on which the Municipality is relying to support its claims regarding the quasi-judicial nature of the Panel. Section 11.1 of the PILT Act and section 12.1 of the Regulations, which provide for the creation of the Advisory Panel, simply state that its members must have relevant knowledge or experience and that their mandate is to give advice to Crown corporations in respect of the making of PILTs. Although the Municipality refers to the Rules of Practice to describe the seriousness of the process before the Panel, there is nothing in the applicable legislation to suggest that a panel that the PILT Act characterizes as an advisory panel and whose role is to render opinions is quasi-judicial in nature.

[53] Similarly, the Municipality's arguments regarding the binding nature of the Panel's opinion on the Commission's decision are not supported in either the statutory system governing the making of PILTs or the case law cited by the Municipality itself. Indeed, property value, the determination of which is central to this dispute, is defined by the Regulations as the value that a corporation would consider to be attributable by an assessment authority to its corporation property if the property under review were taxable. On the face of this provision and the decisions that have analyzed it, there is no doubt that the Commission has the final word on this matter (*Montreal Port Authority*, at paragraph 22; *Halifax*, at paragraph 40).

[54] Furthermore, in *Trois-Rivières*, Locke J. (now with the Federal Court of Appeal) made it clear that the advisory panel's opinion is a relevant factor that would limit the range of possible, reasonable outcomes, but that the Panel's opinion is not binding (*Trois-Rivières*, at paragraph 68). I also note the obvious parallel between this principle and the one established by the Supreme Court in *Halifax* regarding the weight to be given to the assessment authority's assessment [at paragraph 40]:

The Minister's role under the Act is not to review the assessment authority's assessment; the Minister's function with respect to the value of the property is to reach an *opinion* about the value that *would be* attributed by an

[52] De plus, je ne vois pas, dans les textes législatifs applicables à la présente demande, l'assise juridique dont se réclame la Municipalité pour soutenir ses prétentions quant à la nature quasi judiciaire du Comité. L'article 11.1 de la LPRI et l'article 12.1 du Règlement, qui prévoient la création du comité consultatif, mentionnent simplement que ses membres doivent posséder une formation ou une expérience pertinente et qu'ils ont pour mandat de donner des avis à la société d'État relativement au versement des PERI. Bien que la Municipalité réfère aux Règles de pratique pour évoquer le sérieux du processus suivi devant le Comité, rien dans la législation applicable ne me permet de conclure au caractère quasi judiciaire d'un comité que la LPRI qualifie de consultatif, et dont le rôle est de rendre des avis.

[53] De même, les arguments de la Municipalité concernant le caractère contraignant de l'avis du Comité sur la décision de la Commission ne trouvent appui ni dans le régime législatif encadrant le versement des PERI, ni dans la jurisprudence citée par la Municipalité elle-même. En effet, la valeur effective, dont la détermination est au cœur du présent litige, est définie par le Règlement comme la valeur qui, de l'avis de la société, serait déterminée par une autorité évaluatrice si la propriété à l'étude était imposable. Il ne fait aucun doute, à la lecture de cette disposition et des décisions qui en ont fait l'analyse, que le dernier mot sur la question revient à la Commission (*Administration portuaire de Montréal*, au paragraphe 22; *Halifax*, au paragraphe 40).

[54] Par ailleurs, dans la décision *Trois-Rivières*, le juge Locke (maintenant juge à la Cour d'appel fédérale) mentionnait clairement que l'opinion du comité consultatif constitue un élément pertinent qui limitera les issues possibles raisonnables du décideur, mais que l'avis du comité demeure non contraignant (*Trois-Rivières*, au paragraphe 68). Je note également le parallèle évident entre le présent principe et celui qui a été établi par la Cour suprême, dans l'arrêt *Halifax*, concernant le poids à accorder à l'évaluation de l'autorité évaluatrice [au paragraphe 40] :

Le rôle du ministre selon la Loi n'est pas de revoir l'évaluation faite par l'autorité évaluatrice. Son rôle à cet égard consiste plutôt à se former une *opinion* de la valeur qu'une autorité évaluatrice *déterminerait* à l'égard de la

assessment authority. This is done in the context of exercising the discretion to make a PILT that must not exceed the product of the effective rate and the property value. While the view of an assessment authority is an important reference point for the Minister, I nonetheless agree with Evans J.A. that in reaching his or her opinion, the Minister is entitled to make an independent determination of the value that would be attributed to the federal property by an assessment authority. [Emphasis added.]

[55] In my view, the same reasoning applies to the Panel's opinion in this case, which was a relevant supplement that the Commission had a duty to consider in the exercise of its discretion, but which was not determinative and, above all, following the Commission's receipt of the opinion, did not deprive it of the freedom to complete its analysis by other means. This is all the more true given the Commission's reservations about how the Panel had disregarded certain key property assessment principles. In this regard, I note that, in both *Toronto* and *Halifax*, the findings in the opinions rendered were to a large extent considered unreasonable by the Court, indicating that an advisory panel is not immune to errors.

[56] The Commission does not dispute that the Panel's opinion is a relevant factor that could limit the range of possible, reasonable outcomes. In any event, the advisory panel is presumed to have relevant knowledge or experience in respect of the matters before it (subsection 11.1(1) of the PILT Act), and any finding of a minister or Crown corporation that deviates from that of the panel must be sufficiently substantiated in this regard to satisfy the requirements of reasonableness. However, the advice of an advisory panel cannot further restrict the exercise of discretion arising from the federal Crown's immunity from taxation. Just as it makes sense that the highly discretionary regime of PILTs be armed to protect federal interests against overzealous assessment authorities should the need arise (*Halifax*, at paragraph 41), a Crown corporation must be able to deviate from the advisory panel's findings if it is of the view that those findings are inconsistent with the applicable property tax principles, provided that the Crown corporation ensures that it bases its own conclusions on a reasonable analysis of these principles.

propriété en question, ce qu'il fait dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de verser un PRI dont le montant ne doit pas dépasser le produit du taux effectif applicable à la propriété en cause par la valeur effective de celle-ci. Bien que le point de vue qu'adopterait une autorité évaluatrice constitue un facteur de référence important pour le ministre, je suis néanmoins d'accord avec le juge Evans pour dire que le ministre peut, pour se former une opinion, procéder à une détermination indépendante de la valeur qu'une autorité évaluatrice attribuerait à la propriété fédérale en cause. [Je souligne.]

[55] Selon moi, le même raisonnement s'applique à l'avis du Comité en la présente instance. Celui-ci constituait un complément pertinent que la Commission avait le devoir de considérer dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, mais n'était pas déterminant et surtout, ne privait pas la Commission de la liberté de compléter son analyse par d'autres moyens suivant la réception de l'avis. Cela est d'autant plus vrai considérant les réserves qu'avait la Commission quant à la façon dont le Comité avait écarté certains principes clés en matière d'évaluation foncière. À cet effet, je note que, tant dans la décision *Toronto* que dans l'arrêt *Halifax*, les conclusions contenues aux avis rendus ont été, dans une large mesure, jugées déraisonnables par la Cour, ce qui indique qu'un comité consultatif n'est pas à l'abri de l'erreur.

[56] La Commission ne conteste pas que l'opinion du Comité constitue un élément pertinent qui puisse limiter les issues raisonnables possibles. À tout événement, le comité consultatif est présumé posséder une formation ou une expérience pertinentes quant aux questions débattues devant lui (paragraphe 11.1(1) de la LPRI), et toute conclusion du ministre ou d'une société d'État qui s'écarte de celle du comité devra être suffisamment justifiée à cet égard pour satisfaire aux exigences de la raisonabilité. Cependant, l'avis rendu par un comité consultatif ne saurait restreindre plus avant l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui découle de l'immunité fiscale de la Couronne fédérale. Tout comme il est logique que le régime hautement discrétionnaire que constitue les PERI soit en mesure de protéger au besoin les intérêts fédéraux contre le zèle excessif des autorités évaluatrices (*Halifax*, au paragraphe 41), une société d'État doit pouvoir s'écarter des conclusions du comité consultatif si elle est d'avis que ces conclusions ne sont pas conformes aux principes applicables en matière de fiscalité foncière, pour autant que la société d'État s'assure d'appuyer ses

propres conclusions sur une analyse raisonnable desdits principes.

- (2) The Municipality has failed to show that the Commission's decision was unreasonable

- 2) La Municipalité n'est pas parvenue à démontrer que la décision de la Commission était déraisonnable

[57] The Municipality claims that the Commission's decision is unreasonable as it (a) is contrary to the purpose of the PILT system and subsection 16(3) of the NCA; (b) ignores the Panel's insights; and (c) includes new factors that were not debated before the Panel. For the purpose of this analysis, I will deal with the Municipality's claims involving the Panel together.

[57] La Municipalité prétend que la décision de la Commission est déraisonnable puisqu'elle : a) est contraire à l'objectif du régime des PERI et au paragraphe 16(3) de la LCN; b) fait fi des enseignements du Comité; et c) comprend de nouveaux éléments qui n'ont pas été débattus devant le Comité. Pour les fins de la présente analyse, je traiterai conjointement des prétentions de la Municipalité impliquant le Comité.

- (a) *The decision is not contrary to the purpose of the PILT system and subsection 16(3) of the NCA*

- a) *La décision n'est pas contraire à l'objectif du régime des PERI et au paragraphe 16(3) de la LCN*

[58] I note that the Municipality's first argument is developed in a vague manner and, in many respects, enters into considerations that are more relevant to its second argument regarding the Panel's insights. Nevertheless, I am of the view that it can be summarized essentially as the idea that the constraints arising from the possession of the parcels of land under review by the Commission cannot serve as a basis for justifying the reduced property values submitted by the Municipality. Such an approach contradicts the letter and spirit of the PILT system, which is based on the principle of fairly compensating municipalities for losses arising from tax immunity. It also runs counter to subsection 16(3) of the NCA, specific to the Commission's properties in Gatineau Park, which provides that PILTs are paid to local municipalities to "compensate such authorities for the loss of tax revenue during that tax year in respect of municipal and school taxes by reason of the acquisition of the property by the Commission."

[58] Je note que le premier argument de la Municipalité est développé de manière imprécise et verse à bien des égards dans des considérations qui intéressent plutôt son deuxième argument concernant les enseignements du Comité. Néanmoins, je suis d'avis qu'il peut être résumé essentiellement comme l'idée que les contraintes qui découlent de la possession des terrains à l'étude par la Commission ne peuvent servir de base pour justifier la réduction des valeurs foncières soumises par la Municipalité. Une telle approche contredirait la lettre et l'esprit du régime des PERI, dont le principe est de compenser équitablement les municipalités pour les pertes qui découlent de l'immunité fiscale. Elle irait aussi à l'encontre du paragraphe 16(3) de la LCN, spécifique aux propriétés de la Commission dans le Parc de la Gatineau, qui prévoit que les PERI sont versés aux municipalités locales pour « indemniser ces autorités des pertes de revenu de taxes municipales et scolaires subies par elles pendant l'année en question du fait de l'acquisition de ces biens par la Commission ».

[59] Specifically, the Municipality alleges that the Commission could not justify the reduced values entered on the roll for the federal properties on the grounds that they are currently being used as a park, as this use is solely attributable to the federal government's desire to dedicate them to conservation. Similarly, it submits

[59] Spécifiquement, la Municipalité allègue que la Commission ne pouvait justifier la réduction des valeurs inscrites au rôle pour les propriétés fédérales sous prétexte que leur usage actuel en est un de parc, puisque cet usage est attribuable à la seule volonté du gouvernement fédéral de les vouer à la conservation. De même, elle

that the Commission unreasonably based its calculations on the premise that its properties will, in all likelihood, never be used for anything other than a park. In support of its claims, the Municipality cites *Halifax*, at paragraphs 55 to 57, where the Court concluded that the method of evaluation adopted by the Minister had the effect of making the inclusion of national historic sites within the ambit of the PILT Act meaningless, thereby frustrating Parliament's intention that PILTs may be made in respect of such sites. However, I must note the significant dissimilarity between the facts of this application and those on which the Supreme Court's conclusions are based.

[60] In *Halifax*, at issue was whether the Minister's opinion that an assessment authority would attribute a nominal value of \$10 to a 42-acre glacié located in the heart of downtown Halifax on the basis that the parcel of land could not be developed or used in an economically beneficial way was reasonable. In that case, the Minister's categorical position on the issue confirmed Canada's expert's conclusion that, given its status as a national historic site, the parcel of land in question had no economic value to the owner and so no value in exchange. The Court found that this reasoning was inconsistent with the overall purpose of the PILT Act to deal equitably and fairly with municipalities in relation to PILTs.

[61] In the case of this application, the Commission attributed a total property value of \$50,189,600 to all the federal properties and made PILTs totalling \$1,155,264.21 to the Municipality for the 2018–2020 triennial roll, which clearly has nothing to do with a nominal value of \$10. In doing so, the Commission did consider the restrictions resulting not only from the federal statutory regime but also from the Municipality's zoning and urban planning bylaws, and the provincial statute, in order to conclude that the use recognized by all these legislative authorities, that of natural area dedicated to conservation and recreation, could not be excluded from the assessment process.

soutient que la Commission a déraisonnablement basé ses calculs sur la prémisse que ses propriétés ne seront, selon toute probabilité, jamais utilisées à d'autres fins qu'un parc. À l'appui de ses prétentions, la Municipalité cite l'arrêt *Halifax*, aux paragraphes 55 à 57, où la Cour concluait que la méthode d'évaluation adoptée par le ministre avait pour effet de rendre l'inclusion des lieux historiques nationaux prévue par la LPRI inutile, contrecarrant ainsi l'intention du législateur que des PERI puissent être versés pour de tels lieux. Or, je ne peux que constater la dissemblance importante qui caractérise les faits de la présente demande et ceux sur lesquels reposent les conclusions de la Cour suprême.

[60] Dans l'arrêt *Halifax*, la question en litige était de savoir si l'opinion du ministre selon laquelle une autorité évaluatrice attribuerait une valeur nominale de 10 \$ à un glacié de 42 acres situé en plein cœur du centre-ville d'Halifax, sous motif que le terrain ne pouvait être aménagé ou faire l'objet d'une utilisation profitable sur le plan économique, était raisonnable. En l'espèce, la position catégorique du ministre sur la question confirmait la conclusion de l'expert du gouvernement canadien voulant que, compte tenu de son statut de lieu historique national, le terrain en question n'avait aucune valeur économique pour son propriétaire et donc aucune valeur d'échange. La Cour a conclu que ce raisonnement était incompatible avec l'objectif général de la LPRI consistant à traiter de façon juste et équitable les municipalités dans le versement des PERI.

[61] Or, dans le cas de la présente demande, la Commission a plutôt attribué une valeur effective totale de 50 189 600 \$ à l'ensemble des propriétés fédérales, et versé à la Municipalité des PERI totalisant 1 155 264,21 \$ pour le rôle triennal 2018 à 2020, ce qui n'a manifestement rien à voir avec une valeur nominale de 10 \$. Pour ce faire, la Commission a effectivement tenu compte des restrictions émanant du régime statutaire fédéral, mais également du règlement de zonage et du plan d'urbanisme de la Municipalité, ainsi que de la loi provinciale, afin de conclure que l'usage reconnu par l'ensemble de ces autorités législatives, soit celui d'espace naturel voué à la conservation et à la récréation, ne pouvait être écarté du processus d'évaluation.

[62] Furthermore, I note that the Commission was well aware of the existence in Quebec law of the presumption of nominal value of zoned parkland, and that this presumption was not raised against the Municipality, as evidenced by the amounts mentioned above. As the Municipality points out, it is true that the amounts paid represent a decrease of more than 50 percent in the value recommended by the Panel. Nevertheless, I am of the view that the Supreme Court's findings in *Halifax* are of no assistance to the Municipality in this case, and that the facts before us do not in any way lead to the conclusion that the Commission's consideration of the conservation status of the properties had the effect of frustrating the overall objective of the PILT legislative regime that the Municipality be treated in a fair and equitable manner.

[63] Furthermore, the Municipality contends that the decision is contrary to the objective of PILTs that federal authorities, in order to deal with municipalities fairly, should be considered as if they were required to pay tax as owners, citing *Montreal Port Authority*, at paragraphs 42, 43 and 47. The dispute between the parties in that case arose out of the municipal amalgamations that took place on the island of Montréal starting in 2000, which resulted in the abolition of the business occupancy tax and an increase in property taxes throughout the City of Montréal. The Crown corporations involved had never made PILTs in respect of the business occupancy tax and were disadvantaged by the increase in property taxes. These corporations had therefore fixed an effective rate of tax allowing them to deduct from their PILTs amounts equivalent to the portion of the property tax increase that resulted from the abolition of the business tax (*Montreal Port Authority*, at paragraph 39). The Supreme Court condemned this practice and concluded that Crown corporations had to rely on the current tax regime to determine the property tax value and effective rate of tax that would apply if their properties were taxable, not a system that no longer exists (*Montreal Port Authority*, at paragraph 40).

[62] Par ailleurs, je note que la Commission était bien au fait de l'existence, en droit québécois, de la présomption de valeur nominale des terrains zonés parc, et que cette présomption n'a pas été opposée à la Municipalité, comme en témoignent les montants mentionnés ci-dessus. Il est vrai, comme le souligne la Municipalité, que les montants versés représentent une diminution de plus de 50 p. 100 de la valeur recommandée par le Comité. Néanmoins, je suis d'avis que les conclusions de la Cour suprême dans l'arrêt *Halifax* ne sont d'aucun secours pour la Municipalité en l'espèce, et que les faits qui nous occupent ne permettent en rien de conclure que la prise en compte par la Commission du statut de conservation des propriétés a eu pour effet de contrecarrer l'objectif général du régime législatif des PERI voulant que la Municipalité soit traitée de manière juste et équitable.

[63] Par ailleurs, la Municipalité prétend que la décision va à l'encontre de l'objectif des PERI voulant que les autorités fédérales, afin d'atteindre l'équité envers les municipalités, doivent être considérées autant que possible comme si elles étaient des propriétaires imposables, citant l'arrêt *Administration portuaire de Montréal*, aux paragraphes 42, 43 et 47. Le conflit entre les parties dans cette affaire, rappelons-le, découlait des fusions municipales réalisées sur l'île de Montréal à partir de l'an 2000, lesquelles avaient entraîné l'abolition de la taxe d'occupation commerciale et l'augmentation des taxes foncières sur l'ensemble du territoire de la Ville de Montréal. Les sociétés d'État impliquées n'avaient jamais versé de PERI à l'égard de la taxe d'occupation commerciale et se trouvaient par ailleurs désavantagées par l'augmentation des taxes foncières. Ces dernières avaient donc établi un taux effectif d'imposition leur permettant de déduire, dans le calcul de leurs PERI, des sommes équivalant à la part de l'augmentation des taxes foncières qui résultait de la suppression de la taxe d'affaires (*Administration portuaire de Montréal*, au paragraphe 39). La Cour suprême avait condamné cette pratique, et conclu que les sociétés d'État devaient s'en remettre au régime fiscal en vigueur pour déterminer les valeurs et les taux effectifs d'imposition qui seraient applicables si leurs propriétés étaient imposables, et non à un régime qui n'existerait plus (*Administration portuaire de Montréal*, au paragraphe 40).

[64] In the case of this application, it is true that the increase in the value of the properties under review is the result of the changes made by the MRC to the 2018–2020 triennial roll, changes it is undoubtedly permitted to make under the provisions of the AMT. We know that the Municipality justified this increase, ranging from 19 percent to 25 percent for the federal properties, on the basis of sales of residential land, which, with one exception, did not exceed 50 hectares. In line with the Panel’s conclusion that these sales were more representative of the local real estate market, the Commission’s approach was therefore to consider these values as a starting point for its calculations. It then sought to adjust these amounts to take into account the characteristics that distinguished the federal properties from the retained residential parcels of land, namely, their H&BU as a park and their large area, which, in some cases, exceeded 1,000 hectares.

[65] Contrary to what the Supreme Court determined in *Montreal Port Authority*, I cannot conclude, as the Municipality is asking I do, that the Commission ignored the local tax system, or that it failed to comply with the exercise of considering its properties as if they were taxable properties belonging to a private owner. In this regard, it is worth recalling the Supreme Court’s clarifications in *Halifax*, at paragraph 41, regarding the role of municipal assessments in calculating PILTs:

.... The calculation of PILTs is not limited to a mechanical application of municipal assessments and tax rates. It must be adaptable to the various locations in which federal properties are situated, and to those properties’ circumstances. This is especially so in view of the diverse and sometimes unique nature of federal properties. We need look no further than the Citadel site, 48 acres of 19th-century fortification sitting in the middle of a modern city, for an obvious example. Assessment principles are not self-applying. [Emphasis added.]

[66] However, the facts of this application show that the Commission not only took into account the values entered on the MRC’s roll, but also that it sought to adapt them to the particular reality of the Park. The Municipality may disagree with this approach, but that

[64] Dans le cas de la présente demande, il est vrai que l’augmentation de la valeur des propriétés à l’étude origine des modifications effectuées par la MRC au rôle triennal 2018 à 2020, modifications que les dispositions de la LFM lui permettent sans conteste de faire. Or, on sait que cette augmentation, allant de 19 p. 100 à 25 p. 100 pour les propriétés fédérales, a été justifiée par la Municipalité sur la base de ventes de terrains résidentiels qui, à une exception près, ne dépassaient pas 50 hectares. Suivant la conclusion du Comité que ces ventes étaient davantage représentatives du marché immobilier local, la démarche de la Commission a donc été de considérer ces valeurs comme point de départ pour ses calculs. Elle a ensuite cherché à ajuster ces montants pour tenir compte des caractéristiques qui distinguaient les propriétés fédérales des terrains résidentiels retenus, soit leur UMEPP à titre de parc et leur grande superficie, dépassant parfois 1 000 hectares.

[65] Contrairement à ce que la Cour suprême a déterminé dans l’arrêt *Administration portuaire de Montréal*, je ne peux pas conclure, comme me le demande la Municipalité, que la Commission a fait fi du régime fiscal local, ni qu’elle a omis de se plier à l’exercice de considérer ses propriétés comme si celles-ci étaient des propriétés imposables entre les mains d’un propriétaire privé. À cet égard, il convient de rappeler les nuances apportées par la Cour suprême, dans l’arrêt *Halifax*, au paragraphe 41, sur la place à accorder aux évaluations municipales dans le calcul des PERI :

... Le calcul des PRI ne se réduit pas à la simple application mécanique des évaluations et des taux d’imposition municipaux. Il doit pouvoir s’adapter aux différents endroits où les propriétés fédérales sont situées et aux circonstances particulières applicables. Cela est d’autant plus vrai du fait de la diversité et de la nature parfois unique des propriétés fédérales. Le site de la citadelle — un terrain de 48 acres en plein cœur d’une ville moderne occupé par une fortification du 19^e siècle — se veut un exemple évident. Les principes d’évaluation ne s’appliquent pas automatiquement. [Je souligne.]

[66] Or, il ressort des faits de la présente demande que la Commission a bel et bien tenu compte des valeurs inscrites au rôle de la MRC, mais qu’elle a par ailleurs cherché à les ajuster à la réalité particulière du Parc. La Municipalité peut ne pas être d’accord avec cette

does not make it contrary to the objective of the PILT system, nor does it make the Commission's decision unreasonable.

[67] In my view, the Municipality's argument before this Court would be of different import, and would make the parallel with *Halifax* and *Montreal Port Authority* more productive, were the Municipality expanding and its residential neighbourhoods near the Park gates, and were it obvious that the Park was hindering the Municipality's development and with it the increase in its tax revenues. However, this is far from being the case. The evidence on the record, which is not contradicted by the Municipality, shows that the Municipality's territory that has undergone residential development over the years is almost exclusively on a strip of land approximately three kilometres wide and running along the west shore of the Gatineau River. A special planning program adopted by the Municipality in 2011 contains the specific development orientations for this area and identifies the residential areas that the Municipality wishes to develop and the specific orientations for this area. However, I note that the federal properties are not in that area. Furthermore, the Municipality admitted that it was not considering any bylaw changes that would allow residential or commercial development in the Park in the short, medium or long term, and that there was no reason to believe that the parcels of land would not remain in their natural state.

[68] The Municipality made much of the objective of subsection 16(3) of the NCA and the importance of receiving fair and equitable compensation for municipal and school tax losses resulting from the Commission's acquisition of the federal properties in Gatineau Park. However, to claim that the value of these losses should be calculated strictly on the basis of residential sales, the Municipality must be able to demonstrate that the potential source of these taxes, that is, the residential areas it is prevented from developing in that particular area, is not just hypothetical. In other words, to justify a loss of this nature it is not enough for the Municipality to claim that it is prevented from building in this area; it also has to prove that it had the intention and the means to do so, had it not been for this impediment. Otherwise, the

approche, mais cela ne la rend pas pour autant contraire à l'objectif du régime des PERI, ni ne rend la décision de la Commission déraisonnable.

[67] À mon avis, l'argument de la Municipalité devant cette Cour aurait une autre portée, et rendrait le parallèle avec les arrêts *Halifax* et *Administration portuaire de Montréal* plus fécond, si celle-ci était en pleine expansion, que ses quartiers résidentiels étaient aux portes du Parc et qu'il était évident que celui-ci gênait le développement de la Municipalité, et avec lui, l'accroissement de ses recettes fiscales. Cependant, tel est loin d'être le cas. En effet, la preuve au dossier, non contredite par la Municipalité, indique que le territoire de la Municipalité ayant fait l'objet d'un développement résidentiel au fil des ans se trouve presque exclusivement sur une bande de terre d'une largeur d'environ trois kilomètres, qui s'étend le long du côté ouest de la rivière Gatineau. Un plan particulier d'urbanisme adopté par la Municipalité en 2011 contient d'ailleurs les orientations particulières de développement pour ce secteur, et identifie les secteurs résidentiels que la Municipalité souhaite développer et les orientations particulières de ce secteur. Or, je constate que les propriétés fédérales ne se trouvent pas dans ce secteur. Qui plus est, la Municipalité a admis qu'elle n'envisageait pas de modifications réglementaires permettant le développement résidentiel ou commercial dans le Parc à court, à moyen ou à long terme, et qu'il n'y avait aucune raison de croire que les terrains ne demeureraient pas dans leur état naturel.

[68] La Municipalité a fait grand cas de l'objectif prévu au paragraphe 16(3) de la LCN et de l'importance d'être indemnisée de manière juste et équitable pour les pertes en taxes municipales et scolaires résultant de l'acquisition par la Commission des propriétés fédérales dans le Parc de la Gatineau. Or, pour prétendre que la valeur de ces pertes doit être calculée strictement sur la base de ventes en milieu résidentiel, encore faut-il que la Municipalité soit en mesure de démontrer que la source potentielle de ces taxes, c'est-à-dire le développement de secteurs résidentiels dont elle est privée sur ce territoire précis, n'est pas qu'une simple vue de l'esprit. Autrement dit, il n'est pas suffisant pour la Municipalité de prétendre qu'elle est empêchée de construire sur ce territoire pour justifier une perte de cette nature, encore

fairness argument put forward by the Municipality becomes largely academic and thus devoid of merit. Since such a demonstration was not made by the Municipality, I find that to be the case.

- (b) *The conclusions of the decision that deviate from the recommendations in the Panel's opinion and the new factors that weren't debated before the Panel are not unreasonable*

[69] The Municipality is challenging the elements of the decision that it believes were not in line with the Panel's recommendations. For further clarification, these elements are (i) the Commission's decision to aggregate certain small parcels of land with adjacent large parcels of land; (ii) the consideration of objective constraints related to the properties, which confirm that their H&BU is how they are currently being used (that is, as a natural area dedicated to conservation and recreation); and (iii) the need to adjust the local sales values used to calculate the PILTs in order to reflect the H&BU and the area of the properties under review.

[70] To begin with, I note that nowhere in its memorandum does the Municipality present an independent argument as to the unreasonableness of the Commission's decision, that is, an argument that does not boil down to saying that the Commission did not apply the Panel's insights. However, as I have concluded previously, the Panel's opinion is a relevant factor that the Commission had to consider, but one which it could depart from with a reasonable justification. Thus, without presenting its own arguments based on the property assessment principles in effect in Quebec or explaining in what way the Commission did not respect these principles, the Municipality is essentially asking the Court to determine whether the decision reasonably justifies the Commission's rejection of the Panel's recommendations and incidentally, the Municipality's initial claims, which the Panel accepted.

faut-il qu'elle prouve qu'elle aurait l'intention et les moyens de le faire, n'eût été cet empêchement. Sans quoi, l'argument d'équité invoqué par la Municipalité devient essentiellement théorique, et ainsi, dépourvu de tout fondement. Puisqu'une telle démonstration n'a pas été faite par la Municipalité, je conclus que tel est le cas.

- b) *Les conclusions de la décision qui s'écarter des recommandations de l'avis du Comité, tout comme les éléments nouveaux qui n'ont pas été débattus devant le Comité, ne sont pas déraisonnables*

[69] La Municipalité conteste les éléments de la décision qui, selon elle, n'étaient pas conformes aux recommandations du Comité. Pour plus de précision, ces éléments sont : (i) la décision de la Commission de regrouper certains terrains de petite superficie avec les terrains adjacents de grande superficie; (ii) la prise en compte des contraintes objectives liées aux propriétés, lesquelles confirment que leur UMEPP est leur usage actuel, c'est-à-dire un espace naturel dédié à la conservation et à la récréation, ainsi que; (iii) la nécessité d'ajuster les valeurs des ventes locales retenues aux fins de calculs pour tenir compte de l'UMEPP et de la superficie des propriétés à l'étude.

[70] D'entrée de jeu, je note que, nulle part dans son mémoire, la Municipalité ne présente d'argument indépendant quant à la déraisonnabilité de la décision de la Commission, c'est-à-dire d'argument qui ne revient pas simplement à dire que la Commission n'a pas suivi les enseignements du Comité. Or, comme je l'ai conclu précédemment, l'avis du Comité est un élément pertinent que la Commission devait considérer, mais dont elle peut s'écarter par une justification raisonnable. Ainsi, à défaut de présenter ses propres arguments fondés sur les principes d'évaluation foncière en vigueur au Québec, et d'expliquer en quoi ces principes n'ont pas été respectés par la Commission, la Municipalité demande essentiellement à la Cour de déterminer si la décision justifie raisonnablement son rejet des recommandations du Comité, et incidemment, des prétentions initiales de la Municipalité que celui-ci a retenues.

(i) Aggregation of the properties

[71] The Municipality submits that, in respect of the aggregation of the properties, the Commission did this despite the Panel determining that it was not appropriate. It argues that the Commission thereby based its decision on its own claims, which were rejected by the Panel in its opinion.

[72] On this issue, the Panel considered the criteria for determining units of assessment set out in section 34 of the AMT and applied them to the facts in this case. The Panel found that in respect of the larger properties and some smaller properties adjacent to them, the conditions set out in section 34 of the AMT had been met, and therefore concluded that they could be aggregated into a single unit of assessment. However, the Panel was of the view that it would be inappropriate to aggregate them, given the existing entries on the roll and the significant tax consequences that could result from this.

[73] It should be recalled that, following receipt of the Panel's opinion, the Commission recognized that aggregating all the federal properties into a single unit of assessment would make it considerably more difficult to find truly comparable transactions in terms of use, area, and location in order to establish the property value. For this reason, the Commission abandoned its initial approach, that is, aggregating the large parcels of land. Therefore, the aggregation at issue here relates only to seven small parcels of land that met all the conditions for being aggregated with the large parcels of land adjacent to them, in accordance with section 34 of the AMT.

[74] Furthermore, I note that the Commission specifically took into account the Panel's considerations in its decision, recognizing that the Panel had refused to recommend aggregating the properties for fear that this would result in a change in immovable category and an increase in the tax rate. The Commission also concluded that the latter aspects were not part of the AMT criteria for aggregating properties into a single unit of

(i) Le regroupement des propriétés

[71] La Municipalité affirme que, concernant l'enjeu du regroupement des propriétés, la Commission y a procédé alors que le Comité avait déterminé qu'il n'était pas opportun. Elle prétend que la Commission aurait ainsi basé sa décision sur ses propres prétentions, pourtant rejetées par le Comité dans son l'avis.

[72] Sur la question, le Comité a tenu compte des critères de détermination d'une unité d'évaluation énoncés à l'article 34 de la LFM et les a appliqués aux faits en l'espèce. Le Comité a constaté qu'à l'égard des propriétés de plus grande superficie et de certaines propriétés de petite superficie qui leur sont adjacentes, les conditions de l'article 34 de la LFM étaient satisfaites, concluant que leur regroupement sous une seule unité d'évaluation était possible. Cependant, le Comité était d'avis qu'il serait inopportun de les regrouper, compte tenu des inscriptions existantes au rôle et de l'importante conséquence fiscale qui pourrait en résulter.

[73] Il convient de rappeler que, suivant la réception de l'avis du Comité, la Commission a reconnu que le fait de regrouper toutes les propriétés fédérales en une seule unité d'évaluation compliquerait considérablement la recherche de transactions réellement comparables en usage, en superficie et en localisation, aux fins d'en établir la valeur. Pour cette raison, la Commission a abandonné son approche initiale quant au regroupement des terrains de grande superficie. Le regroupement dont il est ici question concerne donc uniquement sept terrains de petite superficie qui rencontraient toutes les conditions applicables pour être regroupés avec les terrains de grande superficie leur étant adjacents, conformément à l'article 34 de la LFM.

[74] De plus, je note que la Commission a spécifiquement tenu compte des considérations du Comité dans sa décision, reconnaissant que ce dernier avait refusé de recommander le regroupement des propriétés de crainte que cela n'entraîne un changement de catégorie d'immeuble et une augmentation du taux d'imposition. La Commission a par ailleurs conclu que ces derniers aspects ne faisaient pas partie des critères prévus par la

assessment and that no judicial precedent had been identified in support of the Panel's claims.

[75] In this case, it is up to the Municipality to show that the Commission's conclusion on this point is unreasonable. In the absence of any substantive argument on its part in this regard, and in view of the Panel's recognition of the legality of the aggregation that the Commission ultimately carried out, I cannot conclude that its decision on the matter is unreasonable.

(ii) Consideration of objective constraints related to the properties

[76] First, it is important to remember that section 2 of the Regulations defines Crown corporation property value as the value that a corporation would consider to be attributable by an assessment authority as the basis for computing the amount of any real property tax that would be applicable to that property if it were taxable property. In Quebec, the assessment authority in question is the municipal body responsible for assessment, which shall cause its property assessment roll to be drawn up by its assessor every three years (section 14 of the AMT). The municipal appraiser's main tools are the AMT and its regulations, although legal authorities have clarified many of the principles applicable in this area.

[77] The Municipality alleges that the Commission is attempting to give the decision an aura of reasonableness on the basis of the sales used by the Municipality's expert, and confirmed by the Panel, despite slashing these by 50 percent on the basis of claims the Panel rejected. The Municipality submits that, although the Panel refused to consider the Commission's mission as part of its analysis, the Commission nevertheless considered the objective constraints related to it in concluding that the H&BU was a park. Without explaining how this approach is contrary to property assessment principles, the Municipality submits that this can only lead to the conclusion that the Commission did everything to justify its going back to its original claims and disregarding the Panel's insights, which, it alleges, makes the decision

LFM pour le regroupement de propriétés en une seule unité d'évaluation, et qu'aucun précédent jurisprudentiel n'avait été recensé à l'appui des prétentions du Comité.

[75] En l'espèce, il incombe à la Municipalité de démontrer que la conclusion de la Commission sur ce point est déraisonnable. En l'absence de tout argument substantiel de sa part à cet égard, et compte tenu du fait que le Comité a reconnu la légalité du regroupement qui a finalement été effectué par la Commission, je ne puis conclure que sa décision sur la question est déraisonnable.

(ii) La prise en compte des contraintes objectives liées aux propriétés

[76] Tout d'abord, il importe de rappeler que l'article 2 du Règlement définit la valeur effective de la propriété d'une société d'État comme la valeur qui, de l'avis de la société, serait déterminée par une autorité évaluatrice comme base du calcul de l'impôt foncier applicable à sa propriété si celle-ci était une propriété imposable. Au Québec, l'autorité évaluatrice en question est l'organisme municipal responsable de l'évaluation, lequel fait dresser par son évaluateur, tous les trois ans, son rôle d'évaluation foncière (article 14 de la LFM). Les principaux outils de l'évaluateur municipal sont la LFM et ses règlements d'application, bien que la jurisprudence et la doctrine viennent éclairer plusieurs des principes applicables en la matière.

[77] La Municipalité allègue que la Commission tente de donner à la décision une apparence de raisonnablement en se basant sur les ventes retenues par l'expert de la Municipalité, et confirmées par le Comité, alors qu'elle sabre celles-ci de 50 p. 100 sur la base de prétentions qui ont été rejetées par le Comité. La Municipalité soutient que, bien que le Comité ait refusé de considérer la mission de la Commission dans le cadre de son analyse, cette dernière a tout de même tenu compte des contraintes objectives liées à celle-ci pour conclure à un UMEPP à titre de parc. Sans expliquer en quoi cette démarche serait contraire aux principes d'évaluation foncière, la Municipalité soutient que cela ne peut mener qu'à la conclusion que la Commission a tout fait pour justifier un retour à ses prétentions d'origine et faire fi

unreasonable both in light of its justifications and its actual outcome.

[78] In this regard, I note that the recurring issue between municipalities and federal authorities in the determination of PILTs is whether to consider the constraints inherent in the nature of the properties subject to assessment and their status as federal properties. This dilemma, it seems to me, stems from the definition of “property value”, which creates a legal fiction that allows property value to be calculated as if the federal property were taxable property belonging to a private owner (*Halifax*, at paragraph 51; *Montreal Port Authority*, at paragraph 40). Should this fictitious change in ownership be interpreted as eliminating the constraints, namely, the fact they are federal property or even their very nature, whether that is a citadel, an airport or, as in this case, a vast forest area dedicated to conservation and recreational activities?

[79] Generally speaking, municipalities appear to have responded to this question in the affirmative, giving little or no consideration to these constraints, which federal authorities have strongly opposed (*Halifax*, at paragraph 18; *Toronto*, at paragraphs 18–19). This conflicting perspective is necessarily reflected in the assessment methods advocated by parties. In *Halifax*, for example, the city had used as the basis for its appraisal of the glais the market value of surrounding properties with various adjustments, but had given little weight to the use restrictions inherent in the historic site designation. Canada, for its part, took as its starting point that the use restrictions rendered the property effectively valueless except to the extent that it could support commercial uses.

[80] It is my view that in order to satisfactorily answer this question in the context of this application, it is important to first recognize that the legal fiction created by the definition of “property value” is highly incompatible with taking into account the criteria set out in sections 45

des enseignements du Comité, rendant la décision déraisonnable tant à la lumière de ses justifications que de son résultat concret.

[78] À cet égard, je constate que l’enjeu récurrent qui oppose les municipalités et les autorités fédérales quant au calcul des PERI est la question de savoir s’il doit être tenu compte des contraintes inhérentes à la nature des propriétés sujettes à l’évaluation et à leur statut de propriété fédérale. Ce dilemme, il me semble, tire sa source de la définition de « valeur effective », laquelle crée une fiction juridique qui permet, aux fins de calculer la valeur effective, de faire comme si la propriété fédérale était une propriété imposable entre les mains d’un propriétaire privé (*Halifax*, au paragraphe 51; *Administration portuaire de Montréal*, au paragraphe 40). Ainsi, doit-on interpréter ce changement fictif de propriétaire comme ayant pour effet de faire disparaître les contraintes qui sont le fait de leur possession par le fédéral, ou même de leur nature propre, que ce soit celle d’une citadelle, d’un aéroport, ou, comme en l’espèce, d’une vaste étendue de forêt vouée à la conservation et aux activités récréatives?

[79] Règle générale, les municipalités semblent avoir répondu à cette question par l’affirmative, n’accordant que peu ou pas de considération à ces contraintes, ce à quoi les autorités fédérales se sont fermement opposées (*Halifax*, au paragraphe 18; *Toronto*, aux paragraphes 18–19). Ce conflit de perspective se reflète nécessairement sur la méthode d’évaluation préconisée par les parties. Dans l’arrêt *Halifax*, par exemple, la ville avait fondé son évaluation du glais sur la valeur marchande des propriétés voisines en y apportant divers ajustements, mais elle avait accordé peu d’importance aux restrictions à l’utilisation qui sont inhérentes à la désignation de lieu historique. Le gouvernement canadien était plutôt parti du postulat que ces restrictions enlevaient en fait toute valeur à la propriété, sauf dans la mesure où celle-ci pouvait se prêter à des usages commerciaux.

[80] Je suis d’avis que, pour répondre de manière satisfaisante à cette question dans le cadre de la présente demande, il importe d’abord de reconnaître que la fiction juridique opérée par la définition de « valeur effective » s’avère éminemment incompatible avec la prise

and 46 of the AMT in establishing the value of a unit of assessment:

45. To establish the actual value of a unit of assessment, particular account must be taken of the incidence that the realization of the benefits or losses it may bring, considered objectively, may have on its most likely sale price.

...

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 and the most likely use made of the unit on that date are taken into account.

...

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.

...

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. [Emphasis added.]

[81] Thus, two of the three criteria set out in section 46 of the AMT—recognition of the physical condition of the unit of assessment, and its economic and legal situation as well as its physical surroundings, as well as taking account of the most likely use of the unit on the assessment date—can be easily applied without considering the properties and the constraints related to them as they actually exist. The same is true for taking account of the incidence that the realization of the losses a unit of assessment may bring may have on its selling price, in accordance with section 45 of the AMT. The requirement to take account of the property market conditions further perpetuates the ambiguity of the process: if the properties are considered without regard to their characteristics and constraints, they become easily comparable to any form of local sale; but if they are considered as is,

en compte des critères prévus aux articles 45 et 46 de la LFM pour l'établissement de la valeur d'une unité d'évaluation :

45. Pour établir la valeur réelle d'une unité d'évaluation, il faut notamment tenir compte de l'incidence que peut avoir sur son prix de vente le plus probable la considération des avantages ou désavantages qu'elle peut apporter, en les considérant de façon objective.

[...]

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 1^{er} juillet du deuxième exercice financier qui précède le premier de ceux pour lesquels le rôle est fait, ainsi que de l'utilisation qui, à cette date, est la plus probable quant à l'unité.

[...]

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.

[...]

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. [Je souligne.]

[81] Ainsi, deux des trois critères de l'article 46 de la LFM, à savoir la reconnaissance de l'état physique de l'unité d'évaluation et de sa situation économique, juridique et environnementale, ainsi que la prise en compte de son utilisation la plus probable à la date d'évaluation, peuvent difficilement être mis en application sans considérer les propriétés, et les contraintes qui s'y rattachent, telles qu'elles existent réellement. Il en va de même pour la prise en compte de l'incidence des désavantages de l'unité d'évaluation sur son prix de vente prévue à l'article 45 de la LFM. Par ailleurs, le critère qui prévoit de tenir compte des conditions du marché immobilier perpétue l'ambiguïté du processus : si les propriétés sont considérées sans tenir compte de leurs caractéristiques et de leurs contraintes, elles deviennent aisément comparables à toute forme de vente locale; par contre, si elles

their uniqueness makes comparison with the local market impossible for all intents and purposes, thus frustrating the application of this requirement.

[82] In this case, much of the debate between the parties before the Panel specifically concerned the difficulties inherent in calculating PILTs that I have just outlined. The experts in the file who testified for both parties acknowledged that there were no truly comparable local sales with characteristics that were identical or similar to the federal properties, which were, in fact, unique to the Park. Although both parties based their assessment on the comparison method, the Municipality preferred an analysis based solely on the behaviour of local, residential real estate market participants, while the Commission relied on the objective constraints inherent in federal properties and their most likely use, to search for sales of large parcels of land throughout Quebec whose H&BU was conservation and recreation.

[83] The Commission recognized that some of these objective constraints did indeed stem from the federal legislation, but it also noted that the desire to preserve the Park also originated in the provincial legislation and municipal bylaws. In this regard, the Commission noted that the Park was designated and managed as an International Union for Conservation of Nature Category II protected area, a designation recognized by the province of Quebec by its inclusion of the Park in a register maintained by the Minister of Sustainable Development, Environment and Parks under the *Natural Heritage Conservation Act*, CQLR, c. C-61.01. It further noted that the properties registered in this register may not be assigned to a new use, be sold or exchanged or be the subject of any other transaction that affects their protection status, unless the responsible provincial minister has been informed beforehand.

[84] The Commission also found that the local bylaws governing the Municipality's land-use planning, including the development plan, the urban plan and the zoning bylaw, reflect the Municipality's desire to limit the development of the Park for residential purposes, and cited

sont considérées telles quelles, leur caractère unique rend la comparaison avec le marché local à toutes fins impossible, contrecarrant ainsi l'application de ce critère.

[82] Dans le présent cas, l'essentiel du débat entre les parties devant le Comité a précisément porté sur les difficultés inhérentes au calcul des PERI que je viens d'exposer. Les experts au dossier ayant témoigné pour les deux parties ont reconnu qu'il n'existait pas de ventes locales réellement comparables possédant des caractéristiques identiques ou similaires aux propriétés fédérales, celles-ci étant, de fait, uniques au Parc. Bien que les deux parties aient fondé leur évaluation sur la méthode de comparaison, la Municipalité a préconisé une analyse basée uniquement sur le comportement des acteurs du marché immobilier local et résidentiel, tandis que la Commission s'est appuyée sur les contraintes objectives inhérentes aux propriétés fédérales, et leur usage le plus probable, pour chercher à travers l'ensemble du territoire québécois des ventes de terrains de grande superficie dont l'UMEPP était la conservation et la récréation.

[83] La Commission a reconnu qu'une partie de ces contraintes objectives découlait effectivement de la législation fédérale, mais elle a par ailleurs retenu que la volonté de conserver le Parc émanait également de la législation provinciale et de la réglementation municipale. À cet égard, la Commission a noté que le Parc était désigné et géré comme une aire protégée de catégorie II selon l'Union internationale pour la conservation de la nature, désignation reconnue par la province de Québec par l'inclusion du Parc dans un registre tenu par le ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs en vertu de la *Loi sur la conservation du patrimoine naturel*, RLRQ, ch. C-61.01. Elle a de plus souligné que les propriétés inscrites dans ce registre ne peuvent faire l'objet d'un changement d'affectation, d'une vente, d'un échange ou d'une autre transaction qui modifie son statut de protection à moins que le ministre provincial responsable n'ait été préalablement consulté.

[84] La Commission a également retenu que les règlements locaux qui encadrent l'aménagement du territoire de la Municipalité, dont le schéma d'aménagement, le plan d'urbanisme et le règlement de zonage, témoignent de la volonté de la Municipalité de limiter

the following passage from the Municipality's zoning bylaw [No. 636-05] regarding the Gatineau Park:

3.8 GATINEAU PARK

All uses, activities and/or construction within Gatineau Park boundaries must be primarily designed for insertion into a recognized environmental area so designated by the National Capital Commission. Based on this common requirement, the various types of use permitted within Gatineau Park have been combined in a single land use group.

[85] Finally, the Commission took into account the Municipality's admission that no bylaw amendments permitting residential or commercial development in the Park were anticipated in the short, medium or long term. Thus, the Commission was of the view that the likelihood that federal properties would ever be used for purposes other than a park was, to all intents and purposes, non-existent.

[86] As will be explained in more detail below, taking into account the objective constraints inherent in a unit of assessment is a central aspect of determining the H&BU. Furthermore, sections 45 and 46 of the AMT clearly state that, when establishing the actual value of a unit of assessment, the incidence that the realization of objective losses may have on the unit's sale price, and its economic and legal situation as well as its physical surroundings must be taken into account. However, in view of my conclusions regarding the reasonableness of the adjustments made by the Commission to the retained local sales values, it is my view that its decision to take into account the objective constraints inherent in its properties was not unreasonable.

(iii) Adjustment of the retained local sales values

[87] As the Supreme Court reiterated in *Halifax*, while "the Minister is not bound by the valuation arrived at by the relevant assessment authority, it must nonetheless be a reference point" (*Halifax*, at paragraph 48). However,

le développement du Parc à des fins résidentielles, citant le passage suivant du règlement de zonage de la Municipalité [n° 636-05] concernant le Parc de la Gatineau :

3.8 PARC DE LA GATINEAU

Tous les usages, toutes les activités et/ou toutes les constructions à l'intérieur des limites du Parc de la Gatineau doivent avoir comme principale caractéristique l'insertion à l'intérieur d'un espace naturel reconnu et définie ainsi par la Commission de la capitale nationale. Par ce point commun, il est justifié de regrouper les différents types d'usages permis dans le Parc de la Gatineau à l'intérieur d'un même groupe d'usage.

[85] Finalement, la Commission a tenu compte de l'admission de la Municipalité voulant qu'aucune modification réglementaire permettant le développement résidentiel ou commercial dans le Parc n'était prévue à court, à moyen ou à long terme. Ainsi, la Commission était d'avis que les probabilités que les propriétés fédérales soient un jour utilisées à d'autres fins qu'un parc étaient, à toutes fins utiles, inexistantes.

[86] Comme il le sera expliqué plus en détail ci-dessous, la prise en compte des contraintes objectives inhérentes à une unité d'évaluation constitue un aspect central de la détermination de l'UMEPP. Qui plus est, les articles 45 et 46 de la LFM indiquent clairement qu'il faut tenir compte de l'incidence des désavantages objectifs d'une unité d'évaluation sur son prix de vente, ainsi que de sa situation économique, juridique et environnementale, dans l'établissement de sa valeur réelle. Or, compte tenu de mes conclusions concernant la raisonnable des ajustements effectués par la Commission sur les valeurs des ventes locales retenues, je suis d'avis que sa décision de prendre en compte les contraintes objectives inhérentes à ses propriétés n'était pas déraisonnable.

(iii) L'ajustement des valeurs des ventes locales retenues

[87] Comme le rappelait la Cour suprême dans l'arrêt *Halifax*, bien que « le ministre ne soit pas tenu d'accepter l'évaluation faite par l'autorité évaluatrice compétente, cette évaluation doit tout de même

the Supreme Court also pointed out in *Montreal Port Authority* that the assessment of federal properties can give rise to significant technical problems related to the application of the principles of property assessment because these properties are very diverse, and can even be quite distinctive, if not unique or almost unique in Canada (*Montreal Port Authority*, at paragraph 35). Thus, while the value determined by an assessment authority should serve as a reference point, its validity is, like the reasonableness of the value determined by the federal authority, subject to the principles of property assessment applicable in the given circumstances. In this case, in order to assess whether the decision on this issue was reasonable, attention should be paid to the correspondence between the criteria the Panel and the Commission analyzed, namely, the location, the H&BU and the surface area of the properties, and the property assessment principles set out in the AMT and how they were applied.

[88] In respect of the location of the federal properties, I think the Panel correctly accepted that this factor was crucial in the assessment of the property values; for example, it was clear to the Panel that the value per hectare of the units of assessment located in Forillon National Park or La Mauricie National Park was lower than that of the Park, at least in the portion of the Park within the Municipality's territory, and that a market comparison that did not reveal this distinction could not lead to a well-founded opinion of property values. Thus, the Panel concluded that the approach of the Commission's expert, who completely disregarded this factor in his analysis in favour of large parcels of land as far away as the Québec area, could not be endorsed.

[89] After the Panel's provided its opinion, the Commission acknowledged this shortcoming in its assessment process and admitted that the comparable sales submitted by the Municipality's expert were more appropriate than its own in terms of location. It was of the view, however, that since it could not rely on properties

servir comme facteur de référence » (*Halifax*, au paragraphe 48). Toutefois, elle soulignait également dans l'arrêt *Administration portuaire de Montréal* que l'évaluation des propriétés fédérales peut soulever des difficultés techniques importantes quant à l'application des principes d'évaluation immobilière du fait que ces propriétés sont fort diverses et parfois même très particulières, sinon uniques ou presque en leur genre au Canada (*Administration portuaire de Montréal*, au paragraphe 35). Ainsi, bien que la valeur fixée par une autorité évaluatrice serve de facteur de référence, sa validité est assujettie, comme la raisonnable de la valeur déterminée par l'autorité fédérale, aux principes d'évaluation immobilière applicables selon les circonstances données. En l'espèce, il convient de s'intéresser à la correspondance entre les critères qui ont fait l'objet des analyses du Comité et de la Commission, à savoir la localisation, l'UMEPP et la superficie des propriétés, et les principes d'évaluation immobilière prévus à la LFM, ainsi qu'à la façon dont ils ont été appliqués, pour juger de la raisonnable de la décision sur la question.

[88] Concernant la localisation des propriétés fédérales, le Comité a retenu, avec raison il me semble, que ce facteur était crucial dans l'examen de la valeur des propriétés. À titre d'exemple, il était évident pour le Comité que la valeur à l'hectare des unités d'évaluation situées dans le Parc national Forillon ou le Parc national de la Mauricie était inférieure à celle du Parc, du moins dans la portion de celui-ci se trouvant sur le territoire de la Municipalité, et qu'une comparaison de marché qui ne faisait pas apparaître cette distinction ne pouvait mener à une opinion bien fondée de la valeur des propriétés. Ainsi, le Comité a conclu que la démarche de l'expert de la Commission, qui écartait complètement ce facteur de l'analyse pour lui préférer des terrains de grande superficie situés aussi loin que la région de Québec, ne pouvait être avalisée.

[89] Suivant la remise de l'avis par le Comité, la Commission a reconnu cette lacune dans son processus d'évaluation, et a admis que les ventes comparables de l'expert de la Municipalité étaient plus appropriées que les siennes en termes de localisation. Cependant, elle était d'avis que la méthode de comparaison, à défaut

with the same characteristics, the method of comparison should take into account the dissimilarities between the properties being compared so that the values of the retained sales could be adjusted. In this regard, it noted that neither the Municipality's expert nor the Panel had adjusted the comparable sales to take into account the H&BU and the area of the properties under review.

[90] With regard to the H&BU, the Commission noted that the case law, as well as other authorities, clearly identifies this factor as the starting point for any land assessment analysis. *Frigon c. Saint-Mathieu-Du-Parc (Municipalité de)*, 2013 QCTAQ 04268, 2013 CanLII 21057, concluded [at paragraph 64] that:

[TRANSLATION] Determining the best and most profitable use is therefore fundamental and is the most important principle when assessing the value of a parcel of land. It guides appraisers in looking for comparables to analyze and allows them to make a decision on the value of the parcel of land.

[91] Furthermore, the Quebec Court of Appeal recently summarized the criteria for determining the H&BU in *Fernand Gilbert ltée c. Procureure générale du Québec*, 2022 QCCA 209, at paragraph 58, as follows:

[TRANSLATION] ... [T]he appraiser appraising [real property] must identify an H&BU that meets the following conditions: (1) it is physically possible; (2) it is permitted under laws and bylaws; (3) it is financially feasible; (4) it could be implemented in the near future; (5) it is based on probable rather than merely possible eventualities; (6) there is a demand for the property appraised at its best use; and (7) the best use must be the most profitable.

[92] In accordance with these criteria, the Commission found that the determination of the H&BU was intimately linked to the constraints inherent in the federal properties, and concluded that, in consideration of these constraints, the H&BU was as a park. It goes without saying that an H&BU as a park has a negative incidence on the value of an assessment unit, and the Commission therefore accepted that it would be contrary to fundamental assessment principles in Quebec if land zoned

de pouvoir se fonder sur des propriétés présentant les mêmes caractéristiques, devait alors tenir compte des dissemblances entre les immeubles pour ajuster la valeur des ventes retenues. À cet égard, elle a noté que les ventes comparables n'avaient pas été ajustées par l'expert de la Municipalité ni par le Comité, pour tenir compte de l'UMEPP et de la superficie des propriétés à l'étude.

[90] Pour ce qui est de l'UMEPP, la Commission a relevé que la jurisprudence, tout comme la doctrine d'ailleurs, identifie clairement ce facteur comme le point de départ de toute analyse en matière d'évaluation foncière. La décision *Frigon c. Saint-Mathieu-Du-Parc (Municipalité de)*, 2013 QCTAQ 04268, 2013 CanLII 21057, conclut en effet [au paragraphe 64] que :

La détermination de l'usage le meilleur et le plus profitable est donc fondamentale et constitue le plus grand principe lorsqu'il s'agit d'évaluer la valeur d'un terrain. Notamment, il guide l'évaluateur dans la recherche des comparables qu'il devra analyser et lui permettre de conclure sur la valeur du terrain.

[91] Par ailleurs, les critères permettant de déterminer l'UMEPP ont été récemment résumés par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Fernand Gilbert ltée c. Procureure générale du Québec*, 2022 QCCA 209, au paragraphe 58, de la façon suivante :

... [L]'évaluateur qui procède à un acte d'évaluation [d'un bien immobilier] doit rechercher l'UMEPP qui répond aux conditions suivantes : 1) constituer un usage possible sur le plan physique, 2) être permis par les règlements et la Loi, 3) être financièrement possible, 4) pouvoir se réaliser à court terme, 5) être relié aux probabilités de réalisation plutôt qu'aux simples possibilités, 6) qu'il existe une demande pour le bien évalué à son meilleur usage et 7) que l'usage le meilleur soit le plus profitable.

[92] Conformément à ces critères, la Commission a relevé que la détermination de l'UMEPP était intimement liée aux contraintes inhérentes aux propriétés fédérales, et en considération de ces contraintes, a conclu à un UMEPP à titre de parc. Il va sans dire qu'un UMEPP de parc a une incidence négative sur la valeur d'une unité d'évaluation, et à ce titre la Commission a retenu qu'il serait contraire aux principes fondamentaux d'évaluation au Québec que des terrains zonés « parc » dans la

as a park in municipal bylaws and that has been used for this purpose for decades, without that use realistically changing in the short or medium term, be assessed on the basis of speculative use, as if it could be used for residential or commercial development. Thus, the Commission concluded that departing from the H&BU in the property assessment process would in fact amount to ignoring the fundamental principle of the usefulness of property on which the concept of value is based.

[93] Finally, the Commission determined that it also had to consider the surface area of the properties, because this had an impact on their unit price. The Commission relied on the observations made by author Jean-Guy Desjardins in *Traité de l'évaluation foncière* (Jean-Guy Desjardins, *Traité de l'évaluation foncière*, Wilson & Lafleur ltée edition, 1992, at pages 140–141), which echoed the words of Mr. Justice Beetz in *Saint-Laurent (City of) v. Canadair Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 79, at pages 83 and 92, which it is helpful to reproduce here:

.... According to *Canadair's* expert witness, the potential value is greater than the real value. Among other things the unusually large area of the land, which makes it unlikely that a single purchaser will be found, must be taken into account and the potential value must be adjusted to arrive at the real value.

...

.... In view of these circumstances it seems to me to be inaccurate, and I say this with deference, to maintain that *Canadair* is asking for what amounts to a reduction in the taxes on one or other of its blocks of land on the pretext that it owns other blocks of land in the vicinity. If the immense area of the land affects its real value, then it must be taken into consideration. The record contains only the uncontested opinion of *Canadair's* expert witness on this point, since the City's expert witness did not discuss this aspect of the question at all.

For these reasons it is my opinion that the Court of Appeal was justified in intervening and dismissing the municipal assessment. [Emphasis added.]

[94] Based on its findings in respect of the H&BU and the area of the properties, the Commission then conducted additional analyses to obtain adjustment values to consider these two criteria. As for the H&BU,

réglementation municipale et utilisés à cette fin depuis des décennies, sans probabilité réaliste de changement d'usage à court ou à moyen terme, soient évalués sur la base d'un usage spéculatif, comme s'ils pouvaient faire l'objet de développement résidentiel ou commercial. Ainsi, la Commission a conclu que s'écarter de l'UMEPP dans le processus d'évaluation foncière reviendrait en fait à ignorer le principe fondamental de l'utilité d'un bien sur lequel repose la notion de valeur.

[93] Finalement, la Commission a déterminé qu'elle devait aussi tenir compte de la superficie des propriétés, puisque celle-ci avait un impact sur leur prix unitaire. La Commission s'est appuyée sur les observations faites par l'auteur Jean-Guy Desjardins dans son *Traité de l'évaluation foncière* (Jean-Guy Desjardins, *Traité de l'évaluation foncière*, édition Wilson & Lafleur ltée, 1992, aux pages 140–141), lequel reprenait les propos de Monsieur le juge Beetz dans l'affaire *Saint-Laurent (Ville de) c. Canadair Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 79, aux pages 83 et 92, qu'il convient de reproduire ici :

... Selon l'expert de *Canadair*, la valeur potentielle est supérieure à la valeur réelle; il faut tenir compte, entre autres, de l'étendue inusitée des terrains, qui rend improbable que l'on puisse trouver un acheteur unique, et il faut rajuster la valeur potentielle pour arriver à la valeur réelle.

[...]

... Vu ces circonstances, il me semble inexact, je le dis avec égard, de soutenir que *Canadair* demande l'équivalent d'une réduction de taxe pour l'un ou l'autre de ses terrains sous prétexte qu'elle possède d'autres terrains dans le voisinage. Si l'immensité des terrains affecte leur valeur réelle, il devient nécessaire de la prendre en considération. Le dossier ne comprend sur ce point que l'opinion non contredite de l'expert de *Canadair*, l'expert de la *Ville* n'ayant aucunement discuté cet aspect de la question.

Pour ces motifs, je suis d'opinion que la Cour d'appel a eu raison d'intervenir et de rejeter l'évaluation municipale. [Je souligne.]

[94] Suivant ses conclusions relativement à l'UMEPP et la superficie des propriétés, la Commission a ensuite effectué des analyses supplémentaires afin d'obtenir des mesures d'ajustement permettant de tenir compte

it compared the values of parks and surrounding residential parcels of land on the rolls of towns for which the Municipality's expert prepared the assessment roll. It then compared the data collected by this expert with the data collected by the Commission's expert, which compared transactions involving parcels of land for residential and conservation use in different physical surroundings, such as big cities, smaller cities and rural areas. The Commission also obtained additional expertise from Altus, which, applying a subdivision method to two distinct scenarios, one based on the hypothetical bulk sale of 40 hectares of land and the other based on the hypothetical sale of 1-hectare plots for building, established the discount that should apply to the area of the properties.

[95] On the basis of these analyses, the Commission established a rate which provided a 50 percent adjustment for use for parcels of land of less than 500 hectares; a 60 percent adjustment for use and area for parcels of land ranging from 500 to 1,000 hectares; and a 70 percent adjustment for use and surface area for parcels of land ranging from 1,000 to 1,150 hectares. It then applied these adjustments to the unit rates used by the Municipality's expert for the large and small parcels of land that could be aggregated under section 34 of the AMT. In the Commission's view, these values represented the values that, as of July 1, 2016, would be attributable by an assessment authority to the properties if they were taxable properties since they took into account the location, area, and H&BU specific to the properties.

[96] As I mentioned earlier, the Commission gave the Municipality an opportunity to comment on the new factors in its method to compute the property value, an opportunity that the Municipality chose to decline. Furthermore, in the context of this application, the Municipality made no arguments that cast doubt on the reasonableness of the method developed by the Commission. Rather, it claims that this additional factor is unreasonable in itself because it was submitted after the parties had made their case before the Panel and

de ces deux critères. Quant à l'UMEPP, elle a procédé à un exercice de comparaison des valeurs aux rôles entre parcs et terrains résidentiels avoisinants dans les villes pour lesquelles l'expert de la Municipalité était responsable de la confection du rôle d'évaluation. Elle a ensuite comparé les données recueillies par cet expert avec les données recueillies par l'expert de la Commission, qui comparaient des transactions de terrains résidentiels et de terrains de type conservation dans différents milieux; grands centres, villes plus petites et milieu rural. La Commission a également obtenu un complément d'expertise de la firme Altus qui, sur la base d'une méthode de lotissement en deux scénarios distincts, l'un en fonction d'une hypothèse de vente de terrains en vrac de 40 hectares et l'autre en fonction de vente de terrains à construire d'un hectare, établissait l'escompte attribuable à la superficie.

[95] Sur la base de ces analyses, la Commission a établi un barème qui prévoyait, pour les terrains de moins de 500 hectares, 50 p. 100 d'ajustement pour l'usage; pour les terrains de 500 à 1 000 hectares, 60 p. 100 d'ajustement pour l'usage et la superficie; et pour les terrains de 1 000 à 1 150 hectares, 70 p. 100 d'ajustement pour l'usage et la superficie. Elle a ensuite appliqué ces ajustements aux taux unitaires utilisés par l'expert de la Municipalité pour les terrains de grande superficie et les terrains de petite superficie pouvant être regroupés en vertu de l'article 34 de la LFM. De l'avis de la Commission, ces valeurs représentaient les valeurs qu'une autorité évaluatrice déterminerait, en date du 1^{er} juillet 2016, si ces propriétés étaient impossibles, puisque ces valeurs tenaient compte de la localisation, de la superficie et de l'UMEPP propres à ces propriétés.

[96] Comme je l'ai mentionné précédemment, la Commission a donné l'opportunité à la Municipalité de soumettre ses observations concernant les nouveaux éléments de sa méthode de calcul, opportunité que la Municipalité a choisi de décliner. De plus, dans le cadre de la présente demande, la Municipalité ne présente aucun argument qui remette en doute la raisonnable de la méthode développée par la Commission. Plutôt, elle prétend que cet élément additionnel est déraisonnable en soi puisque, d'une part, il a été soumis après

because it required the use of expertise from the same firm whose report the Panel largely rejected. Thus, the Municipality asserts that the Commission's conduct rendered the Panel's opinion and the process that preceded it pointless, thereby bringing the parties back to square one.

[97] However, as I have already concluded, it was perfectly open to the Commission to continue its analyses after the Panel had given its opinion, and its duty was to consider it and then to reasonably justify any findings that deviated from it, nothing more. In my view, in stating that the Panel's opinion was pointless, the Municipality is mistaken in its assessment of the approach taken by the Commission that I have just outlined.

[98] Indeed, I am of the view that the method presented by the Commission's expert before the Panel was neither extravagant nor fundamentally contrary to the principles of property assessment. In accordance with the AMT's criteria, and in the absence of truly comparable local sales, the expert obtained comparable data that took into account the characteristics and constraints of the properties under review, even if, in doing so, he failed to consider the impact of the local real estate market.

[99] Finally, the Municipality asserts that the Commission did not have to consider the costs it incurs for developing the federal properties and the difficulties it would have in protecting this natural heritage if the properties were not assessed at their fair value, arguing that while funding the protection of natural heritage is a worthy goal, it is unrelated to the PILT system. I agree with the Municipality on this point, and I also note that, at face value, other factors identified by the Commission in its analysis, such as the Park's positive impact on property values in the Municipality and its residents' quality of life, as well as the economic benefits generated directly by Park visitors and indirectly by its natural assets, have little to do with the PILT system. However, to the extent that these elements were primarily used to establish the factual context justifying the Commission's decision to retain an H&BU as a park,

que les parties aient fait valoir leurs arguments devant le Comité et, d'autre part, il a nécessité le recours à une expertise provenant de la même firme dont le rapport a été majoritairement rejeté par le Comité. Ainsi, la Municipalité affirme que la conduite de la Commission a rendu l'avis du Comité et le processus qui l'a précédé inutiles, ramenant de ce fait les parties à la case départ.

[97] Or, comme je l'ai déjà conclu, il était parfaitement loisible à la Commission de poursuivre ses analyses suivant la remise de l'avis du Comité, et l'obligation qui lui incombait était de le considérer, puis de justifier de façon raisonnable ses conclusions qui s'en écartaient, rien de plus. À mon sens, en affirmant que l'avis du Comité était inutile, la Municipalité se méprend dans son appréciation de la démarche suivie par la Commission que je viens d'exposer.

[98] Par ailleurs, je suis d'avis que la méthode présentée par l'expert de la Commission devant le Comité n'avait rien d'extravagant ou de fondamentalement contraire aux principes d'évaluation foncière; en conformité avec les critères de la LFM, et en l'absence de ventes locales réellement comparables, ce dernier a cherché des comparables qui tenaient compte des caractéristiques et contraintes des propriétés à l'étude, bien que, ce faisant, il ait négligé de considérer l'impact du marché immobilier local.

[99] Finalement, la Municipalité affirme que la Commission ne devait pas considérer les dépenses qu'elle engage pour l'aménagement des propriétés fédérales et les difficultés qu'elle aurait à protéger ce patrimoine naturel si les propriétés ne sont pas évaluées à leur juste valeur, affirmant que le financement de la protection du patrimoine naturel est un objectif louable mais étranger au régime des PERI. Je suis d'accord avec la Municipalité sur ce point, et je note également que d'autres éléments constatés par la Commission lors de son analyse, tels l'impact favorable du Parc sur la valeur des propriétés de la Municipalité et la qualité de vie de ses résidents, ainsi que les retombées économiques générées directement par ses visiteurs, et indirectement par ses vertus environnementales, ont à première vue peu à voir avec le régime des PERI. Cependant, dans la mesure où ces éléments ont principalement servi à établir le

these factors actually had no individual impact on the calculation of the values of the parcels of land themselves. I therefore cannot agree with the Municipality's contention that the Commission made every effort to reduce the amounts payable to the Municipality for objectives other than those of the PILT system.

[100] On the basis of these reasons, it becomes clear that a Crown corporation's reasonable exercise of its discretion to determine the property value of its properties in the event of a disagreement with a taxing authority lies in the development of an assessment method that is a fair and equitable compromise that must be reflected in the property assessment principles chosen by the Crown corporation in the circumstances, but also in the weight it gives to each of these principles. This compromise is made necessary by the difficulties caused by the application of the definition of "property value". This definition requires that properties be considered as if they were not owned by a Crown corporation, which leads assessment authorities assessing such properties to give short shrift to constraints related to their federal status, although conversely, the property assessment principles that guide those same assessment authorities generally tend to make these constraints inseparable from the calculation of their value.

[101] In this context, reconciling these two conflicting legal principles is, in my view, essential to ensure the fairness and equity of the assessment method used. Since federal properties are often unique cases on local, and sometimes even national, territory, such an exercise can be a challenging task. As the Supreme Court has recognized, legitimate disagreements for which there is no one, right answer are therefore bound to arise (*Halifax*, at paragraph 41).

[102] One thing is certain, however, the PILT system cannot be interpreted as permitting disregard for the most basic recognized property assessment principles in establishing the property value of a federal property. Challenging the Panel's opinion on this point, the

contexte factuel qui justifiait la Commission de retenir un UMEPP à titre de parc, ils n'ont en vérité eu aucun impact individuel sur le calcul des valeurs des terrains eux-mêmes, si bien que je ne puis souscrire à la prétention de la Municipalité selon laquelle la Commission a tenté par tous les moyens de diminuer les montants payables à la Municipalité pour d'autres objectifs que ceux visés par le régime des PERI.

[100] Sur la base des présents motifs, il devient évident que l'usage raisonnable par une société d'État de son pouvoir discrétionnaire de déterminer la valeur effective de ses propriétés en cas de désaccord avec une autorité taxatrice réside dans l'élaboration d'une méthode d'évaluation qui présente un compromis juste et équitable, lequel doit se refléter dans le choix des principes d'évaluation immobilière que retiendra la société d'État dans les circonstances, mais également dans le poids qu'elle accordera à chacun d'eux. Ce compromis est rendu nécessaire par les difficultés que cause l'application de la définition de « valeur effective ». En effet, celle-ci exige de considérer les propriétés comme si la société d'État n'en était pas propriétaire, ce qui incline les autorités évaluatrices à faire peu de cas des contraintes liées au statut fédéral de ces propriétés lors de leur évaluation, bien qu'inversement, les principes d'évaluation foncière qui guident ces mêmes autorités évaluatrices tendent généralement à rendre ces contraintes indissociables du calcul établissant leur valeur.

[101] Dans un tel contexte, la réconciliation de ces deux principes juridiques antagonistes est, à mon sens, essentielle pour assurer le caractère juste et équitable de la méthode d'évaluation retenue. Puisque les propriétés fédérales sont souvent des cas uniques sur le territoire local, et parfois même, national, un tel exercice peut certes constituer un défi de taille. Comme l'a reconnu la Cour suprême, des désaccords légitimes sont appelés à naître sur la question, qui n'appelle pas une seule bonne réponse (*Halifax*, au paragraphe 41).

[102] Chose certaine cependant, le régime des PERI ne saurait être interprété comme permettant d'ignorer les principes les plus élémentaires reconnus en matière d'évaluation foncière dans l'établissement de la valeur effective d'une propriété fédérale. S'opposant à l'avis du

Commission submits that the exercise of assessing a federal Crown property as if it were taxable does not mean ignoring how this property is used and stripping it of its attributes and the objective constraints that apply to it. I do not think that this proposition is unreasonable. I also agree with the Commission that an assessment authority would not assess a private owner's parcel of land for the purposes of property taxation on the basis of a hypothetical, unlikely use that is not permitted by the existing legal regime, and that a private owner would clearly not agree to be taxed on such a value.

[103] In closing, it is important to remember that in respect of the small parcels of land that were not aggregated, the Commission accepted the Panel's recommendation to base its calculations on comparable residential sales. The Commission held that even if these parcels of land were part of the Park and were in their natural state, they were situated in partly developed, highly prized areas in which the Municipality permits residential construction and provides certain services. In the Commission's view, it was therefore justified to establish their value by considering the municipal zoning requirements, which, while recognizing that these parcels of land are part of a natural area in which construction must be kept to a minimum, allow development for residential purposes there. I believe this conclusion is consistent with the overall approach used by the Commission in computing the value of the large parcels of land.

VII. Conclusion

[104] In conclusion, I am of the view that the Commission's decision, which sought to combine all the criteria that an assessment authority should consider in determining the property value of federal properties if they were taxable, falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law (*Vavilov*, at paragraph 86).

[105] The process leading up to the Commission's decision began when it received the Municipality's applications for PILTs because of significant increases in roll

Comité sur ce point, la Commission affirme que l'exercice consistant à évaluer une propriété de la Couronne fédérale comme si elle était imposable ne signifie pas qu'il faille faire fi de l'usage de cette propriété et la dépouiller de ses attributs et des contraintes objectives qui lui sont applicables. Cette proposition ne m'apparaît en rien déraisonnable. Je suis également d'accord avec la Commission qu'une autorité évaluatrice n'évaluerait pas le terrain d'un propriétaire privé en fonction d'un usage hypothétique, non probable, et qui n'est pas permis par le régime juridique en place, pour les fins de l'imposition foncière et que, de toute évidence, un propriétaire privé n'accepterait pas d'être imposé sur une telle valeur.

[103] En terminant, il importe de rappeler qu'en ce qui a trait aux terrains de petite superficie qui n'ont pas été regroupés, la Commission a accepté la recommandation du Comité de baser ses calculs sur des ventes comparables en milieu résidentiel. En effet, la Commission a retenu que, même si ces terrains faisaient partie du Parc et se trouvaient à l'état naturel, ils étaient situés dans des quartiers prisés en partie développés et dans lesquels la Municipalité permet la construction résidentielle et fournit certains services. De l'avis de la Commission, il était donc justifié d'établir leur valeur en considérant le zonage municipal qui, tout en reconnaissant que ces terrains font partie d'un espace naturel dans lequel les constructions doivent être tenues au minimum, permet leur développement à des fins résidentielles. Cette conclusion m'apparaît cohérente avec la démarche globale employée par la Commission pour le calcul de la valeur des terrains de grande superficie.

VII. Conclusion

[104] Pour conclure, je suis d'avis que la décision de la Commission, qui a cherché à combiner tous les critères dont une autorité évaluatrice devrait tenir compte dans l'établissement de la valeur effective des propriétés fédérales si celles-ci étaient imposables, appartient aux issues possibles pouvant se justifier au regard des faits et du droit (*Vavilov*, au paragraphe 86).

[105] Le processus ayant mené à la décision de la Commission a débuté lorsque celle-ci a reçu les demandes de PERI de la Municipalité fondées sur des

values, based on sales of residential land whose only common feature with the federal properties was their location in the Municipality. It continued before the Panel, following the parties' disagreement on the taking into account of the characteristics of the properties and the constraints inherent in them. The Commission then amended its approach on the basis of the Panel's recommendations that it considered reasonable. In doing so, it continued to take into account the assessment criteria that the Panel had rejected but that it considered relevant under the property assessment principles that apply in Quebec and adjusted its method for computing the property value to determine the amounts of the PILTs to make to the Municipality accordingly.

[106] Overall, I am of the view that the Commission's exercise of its discretion in relation to the aggregation of the properties and the determination of their property value was, both in terms of process and outcome, transparent, intelligible and adequately justified (*Vavilov*, at paragraph 86). For all these reasons, the Municipality has not satisfied me that the Commission's decision was unreasonable.

[107] Therefore, I do not need to answer the third question raised by the Municipality. Furthermore, having previously concluded that the Commission did not breach procedural fairness, the fourth question raised by the Municipality should be answered in the negative.

[108] This application for judicial review is dismissed in its entirety, with costs.

JUDGMENT in T-1909-21

THIS COURT ORDERS that:

1. The application for judicial review is dismissed.
2. Costs are awarded in favour of the Attorney General of Canada.

augmentations considérables des valeurs au rôle, basées sur des ventes de terrains résidentiels dont la seule caractéristique commune avec les propriétés fédérales était leur localisation sur le territoire de la Municipalité. Il s'est continué devant le Comité, suite à la mésentente entre les parties sur la prise en compte des caractéristiques et des contraintes inhérentes à ces propriétés. Puis la Commission a amendé son approche en fonction des recommandations du Comité qu'elle jugeait raisonnables. Se faisant, elle a continué de tenir compte des critères d'évaluation qui, bien qu'ils avaient été écartés par le Comité, lui paraissaient pertinents en vertu des principes d'évaluation immobilière applicables sur le territoire québécois, et a ajusté sa méthode de calcul en conséquence afin de déterminer les montants à verser à la Municipalité à titre de PERI.

[106] Dans l'ensemble, je suis d'avis que l'usage par la Commission de son pouvoir discrétionnaire eu égard au regroupement des propriétés et à la détermination de leur valeur effective était, tant du point de vue du processus que du résultat, à la fois transparent, intelligible, et adéquatement justifié (*Vavilov*, au paragraphe 86). Pour toutes ces raisons, la Municipalité ne m'a pas convaincu que la décision de la Commission était déraisonnable.

[107] Conséquemment, il ne m'est pas nécessaire de répondre à la troisième question soulevée par la Municipalité. De plus, ayant conclu précédemment que la Commission n'a pas commis de manquement à l'équité procédurale, il convient de répondre par la négative à la quatrième question soulevée par la Municipalité.

[108] La présente demande de contrôle judiciaire est rejetée dans son entièreté, le tout avec dépens.

JUGEMENT au dossier T-1909-21

LA COUR STATUE que :

1. La demande de contrôle judiciaire est rejetée.
2. Les dépens sont accordés en faveur du procureur général du Canada.

APPENDIX

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]

Exemption of Public Lands, etc.

125 No Lands or Property belonging to Canada or any Province shall be liable to Taxation.

Payments in Lieu of Taxes Act, R.S.C., 1985, c. M-13

Definitions

2 (1) In this Act,

...

assessment authority means an authority that has power by or under an Act of Parliament or the legislature of a province to establish the assessed dimension or assessed value of real property or immovables; (*autorité évaluatrice*)

...

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,

(b) real property and immovables owned by Her Majesty in right of Canada that are, by virtue of a lease to a corporation included in Schedule III or IV, under the management, charge and direction of that corporation,

...

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*)

ANNEXE

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]

Terres publiques, etc., exemptées des taxes

125 Nulle terre ou propriété appartenant au Canada ou à aucune province en particulier ne sera sujette à la taxation.

Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts, L.R.C. (1985), ch. M-13

Définitions

2 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

autorité évaluatrice Autorité habilitée en vertu d'une loi fédérale ou provinciale à déterminer les dimensions fiscales ou la valeur fiscale d'un immeuble ou d'un bien réel. (*assessment authority*)

autorité taxatrice

a) Municipalité ou province, organisme municipal ou provincial, ou autre autorité qui, sous le régime d'une loi provinciale, lève et perçoit un impôt foncier ou un impôt sur la façade ou sur la superficie;

[...]

impôt foncier Impôt général :

a) levé par une autorité taxatrice sur les immeubles ou biens réels ou les immeubles ou biens réels d'une catégorie donnée et auquel sont assujettis les propriétaires et, dans les cas où les propriétaires bénéficient d'une exemption, les locataires ou occupants autres que ceux bénéficiant d'une exemption;

b) calculé par application d'un taux à tout ou partie de la valeur fiscale des propriétés imposables. (*real property tax*)

[...]

real property tax means a tax of general application to real property or immovables or any class of them that is

(a) levied by a taxing authority on owners of real property or immovables or, if the owner is exempt from the tax, on lessees or occupiers of real property or immovables, other than those lessees or occupiers exempt by law, and

(b) computed by applying a rate to all or part of the assessed value of taxable property; (*impôt foncier*)

...

taxing authority means

(a) any municipality, province, municipal or provincial board, commission, corporation or other authority that levies and collects a real property tax or a frontage or area tax pursuant to an Act of the legislature of a province,

...

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

(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.

...

Regulations by Governor in Council

9 (1) The Governor in Council may make regulations for carrying out the purposes and provisions of this Act and, without restricting the generality of the foregoing, may make regulations

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;

b) immeuble ou bien réel appartenant à Sa Majesté du chef du Canada et relevant, en vertu d'un bail, d'une personne morale mentionnée aux annexes III ou IV;

[...]

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*)

[...]

Objet

2.1 La présente loi a pour objet l'administration juste et équitable des paiements versés en remplacement d'impôts.

[...]

Paielements

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 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.

[...]

Règlements du gouverneur en conseil

9 (1) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, prendre toutes mesures utiles à l'application de la présente loi et, notamment :

...

(f) respecting any payment that may be made in lieu of a real property tax or a frontage or area tax by any corporation included in Schedule III or IV and, without limiting the generality of the foregoing, providing that any payment that may be made shall be determined on a basis at least equivalent to that provided in this Act;

...

Regulations to be complied with in making grants

11 (1) Notwithstanding any other Act of Parliament or any regulations made thereunder,

(a) every corporation included in Schedule III or IV shall, if it is exempt from real property tax, comply with any regulations made under paragraph 9(1)(f) respecting any payment that it may make in lieu of a real property tax or a frontage or area tax; and

...

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).

...

[...]

f) régir les paiements à verser par les personnes morales mentionnées aux annexes III ou IV en remplacement de l'impôt foncier ou de l'impôt sur la façade ou sur la superficie et prévoir, entre autres, que leur base de calcul sera au moins équivalente à celle prévue par la présente loi;

[...]

Observation des règlements

11 (1) Par dérogation à toute autre loi fédérale ou à ses règlements :

a) les personnes morales mentionnées aux annexes III ou IV qui sont exemptées de l'impôt foncier sont tenues, pour tout paiement qu'elles versent en remplacement de l'impôt foncier ou de l'impôt sur la façade ou sur la superficie, de se conformer aux règlements pris en vertu de l'alinéa 9(1)f);

[...]

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).

[...]

SCHEDULE III

(Section 2)

...

National Capital Commission

*Commission de la capitale nationale**Crown Corporation Payments Regulations,*
SOR/81-1030**Interpretation****2** In these Regulations,

...

corporation property means

(a) except in Part II, any real property or immovable owned by Her Majesty in right of Canada that is under the management, charge and direction of a corporation included in Schedule III or IV to the Act, or that has been entrusted to such corporation;

...

corporation property value means the value that a corporation would consider to be attributable by an assessment authority to its corporation 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 de la propriété d'une société*)

...

Calculation of Payments

7 (1) Subject to subsection (2), a payment made by a corporation in lieu of a real property tax for a taxation year shall be not less than the product of

ANNEXE III

(article 2)

[...]

Commission de la capitale nationale

National Capital Commission

[...]

Règlement sur les paiements versés par les sociétés d'État, DORS/81-1030**Définitions**

2 Les définitions qui suivent s'appliquent au présent règlement.

[...]

propriété d'une société

a) Sauf à la partie II, l'immeuble ou le bien réel qui appartient à Sa Majesté du chef du Canada et dont une société mentionnée aux annexes III ou IV de la Loi a la gestion, la charge et la direction, ou l'immeuble ou le bien réel confié à une telle société;

[...]

valeur effective de la propriété d'une société La valeur qui, de l'avis de la société, serait déterminée par une autorité évaluatrice, abstraction faite de tous droits miniers et de tous éléments décoratifs ou non-fonctionnels, comme base du calcul de l'impôt foncier applicable à sa propriété si celle-ci était une propriété imposable. (*corporation property value*)

[...]

Calcul des paiements

7 (1) Sous réserve du paragraphe (2), un paiement versé par une société en remplacement de l'impôt foncier pour une année d'imposition ne doit pas être inférieur au produit des deux facteurs suivants :

(a) the corporation effective rate in the taxation year applicable to the corporation property in respect of which the payment may be made; and

(b) the corporation property value in the taxation year of that corporation property.

...

Advisory Panel

12.1 Section 11.1 of the Act applies to a corporation with respect to payments in lieu of a real property tax or a frontage or area tax, as if the reference to “the Minister” were a reference to “a corporation” and any reference to “federal property” were a reference to “corporation property”.

National Capital Act, R.S.C., 1985, c. N-4

Objects and purposes of Commission

10 (1) The objects and purposes of the Commission are to prepare plans for and assist in the development, conservation and improvement of the National Capital Region in order that the nature and character of the seat of the Government of Canada may be in accordance with its national significance.

...

Payments in lieu of taxes

16 (1) The Commission may pay grants to a local municipality not exceeding the taxes that might be levied by the municipality in respect of any real property of the Commission if the Commission were not an agent of Her Majesty.

Exception

(2) Subsection (1) does not apply to parks or squares, to highways or parkways, or to bridges or similar structures.

Gatineau Park

(3) The Commission may pay grants to the appropriate authorities in respect of real property of the Commission situated in Gatineau Park not exceeding in any tax year the amounts estimated by the Commission to be sufficient to compensate such authorities for the loss of tax revenue during that tax year in respect of municipal and school

a) le taux effectif applicable à la société dans l’année d’imposition en cause à l’égard de la propriété de celle-ci pour laquelle le paiement peut être versé;

b) la valeur effective de la propriété de la société pour cette année d’imposition.

[...]

Comité consultatif

12.1 L’article 11.1 de la Loi s’applique à toute société en ce qui touche les paiements versés en remplacement de l’impôt foncier ou de l’impôt sur la façade ou sur la superficie, les mentions du ministre et des propriétés fédérales valant respectivement mention de la société et des propriétés de la société.

Loi sur la capitale nationale, L.R.C. (1985), ch. N-4

Mission de la Commission

10 (1) La Commission a pour mission d’établir des plans d’aménagement, de conservation et d’embellissement de la région de la capitale nationale et de concourir à la réalisation de ces trois buts, afin de doter le siège du gouvernement du Canada d’un cachet et d’un caractère dignes de son importance nationale.

[...]

Paiements tenant lieu de taxes

16 (1) La Commission peut verser aux municipalités locales des subventions n’excédant pas le montant des taxes qui pourraient être perçues par celles-ci sur ses biens immeubles si elle n’était pas mandataire de Sa Majesté.

Exception

(2) Le paragraphe (1) ne s’applique pas aux parcs, places, voies publiques — promenades incluses — ni aux ponts ou ouvrages semblables.

Parc de la Gatineau

(3) La Commission peut verser aux autorités compétentes, pour ceux de ses biens immeubles situés dans le Parc de la Gatineau, des subventions n’excédant pas, dans une année fiscale donnée, les montants qu’elle estime suffisants pour indemniser ces autorités des pertes de revenu de taxes municipales et scolaires subies par elles pendant

taxes by reason of the acquisition of the property by the Commission.

Act respecting Municipal Taxation, CQLR, c. F-2.1

DIVISION I

UNITS OF ASSESSMENT

...

34. A unit of assessment consists of the greatest possible aggregate of immovables that meets the following requirements:

(1) the parcel of land or the group of parcels of land is owned by the same owner, or the same group of owners in undivided ownership;

(2) the parcels of land are contiguous or would be contiguous if they were not separated by a watercourse, a thoroughfare or a public utility network;

(3) if the immovables are in use, they are used for a single primary purpose; and

(4) the immovables can normally and in the short term be transferred only as one whole and not in parts, taking into account the most probable use that may be made of them.

Where the parcel of land or group of parcels of land is not to be entered on the roll, the requirements prescribed in subparagraphs 1 and 2 of the first paragraph are met if the immovables other than the parcel of land or group of parcels of land are owned by the same owner or the same group of owners in undivided ownership and if the immovables are situated on parcels of land that are contiguous or that would be contiguous if they were not separated by a watercourse, a thoroughfare or a public utility network.

...

DIVISION II

VALUE OF THE IMMOVABLES ENTERED ON THE ROLL

...

44. The most likely sale price of a unit of assessment that is not likely to be the subject of a sale by agreement is

l'année en question du fait de l'acquisition de ces biens par la Commission.

Loi sur la fiscalité municipale, RLRQ, ch. F-2.1

SECTION I

UNITÉ D'ÉVALUATION

[...]

34. Constitue une unité d'évaluation le plus grand ensemble possible d'immeubles qui remplit les conditions suivantes :

1° le terrain ou le groupe de terrains appartient à un même propriétaire ou à un même groupe de propriétaires par indivis;

2° les terrains sont contigus ou le seraient s'ils n'étaient pas séparés par un cours d'eau, une voie de communication ou un réseau d'utilité publique;

3° si les immeubles sont utilisés, ils le sont à une même fin prédominante; et

4° les immeubles ne peuvent normalement et à court terme être cédés que globalement et non par parties, compte tenu de l'utilisation la plus probable qui peut en être faite.

Dans le cas où le terrain ou le groupe de terrains ne doit pas être porté au rôle, les conditions prévues par les paragraphes 1° et 2° du premier alinéa sont remplies si les immeubles autres que le terrain ou le groupe de terrains appartiennent à un même propriétaire ou à un même groupe de propriétaires par indivis et si ces immeubles sont situés sur des terrains contigus ou qui seraient contigus s'ils n'étaient pas séparés par un cours d'eau, une voie de communication ou un réseau d'utilité publique.

[...]

SECTION II

VALEUR DES IMMEUBLE PORTÉS AU RÔLE

[...]

44. Le prix de vente le plus probable d'une unité d'évaluation qui n'est pas susceptible de faire l'objet d'une

established by taking into account the price that the person in whose name the unit of assessment is entered on the roll would be justified in paying and demanding if that person were both purchaser and vendor, in the conditions set forth in section 43.

45. To establish the actual value of a unit of assessment, particular account must be taken of the incidence that the realization of the benefits or losses it may bring, considered objectively, may have on its most likely sale price.

...

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 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.

vente de gré à gré est établi en tenant compte du prix que la personne au nom de laquelle est inscrite l'unité d'évaluation serait justifiée de payer et d'exiger si elle était à la fois l'acheteur et le vendeur, dans les conditions prévues par l'article 43.

45. Pour établir la valeur réelle d'une unité d'évaluation, il faut notamment tenir compte de l'incidence que peut avoir sur son prix de vente le plus probable la considération des avantages ou désavantages qu'elle peut apporter, en les considérant de façon objective.

[...]

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 1^{er} juillet du deuxième exercice financier qui précède le premier de ceux pour lesquels le rôle 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.

T-1588-19
2023 FC 138

T-1588-19
2023 CF 138

Air Canada Pilots Association (Applicant)

Association des pilotes d’Air Canada (demanderesse)

v.

c.

Air Canada and Roy Bentley (Respondents)

Air Canada et Roy Bentley (défendeurs)

INDEXED AS: AIR CANADA PILOTS ASSOCIATION v. AIR CANADA

RÉPERTOIRÉ : ASSOCIATION DES PILOTES D’AIR CANADA c. AIR CANADA

Federal Court, Furlanetto J.—By videoconference, May 12, 2022; Toronto, January 30, 2023.

Cour fédérale, juge Furlanetto—Par vidéoconférence, 12 mai 2022; Toronto, 30 janvier 2023.

Human Rights — Application for judicial review of Canadian Human Rights Tribunal (C.H.R.T.) decision dismissing request to declare Canadian Human Rights Benefit Regulations (Regulations), ss. 3(b), 5(b) unconstitutional for violating Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Amendments made to collective agreement (Agreement) between applicant, respondent Air Canada in response to legislative amendments repealing provision that permitted mandatory retirement at age of 60 — Agreement included Group Disability Income Plan (GDIP) for pilots on long-term disability — GDIP, provision L75.07 provided that pilots eligible for unreduced pension did not qualify for disability benefits should they become unable to work due to illness or disability — Respondent Roy Bentley becoming eligible to retire, filing human rights complaint — Argued that L75.07 discriminatory on basis of age — Test under Charter, s. 15(1) asking whether impugned provision creating distinction based on enumerated or analogous ground; if so, whether it imposes burdens or denies a benefit in manner having effect of reinforcing disadvantage — C.H.R.T. found that Regulations, ss. 3(b), 5(b) met first part of s. 15(1) test — However, concluded not disadvantaging, prejudicing, or stereotyping claimant group — Ss. 3(b), 5(b) containing two distinct exemptions — Applicant challenged fact that employees at “normal pensionable age under the pension plan of which the employee is a member” (Impugned Provision) cut-off from disability benefits — Of view that this exemption violating Charter, s. 15(1) — Applicant argued that Impugned Provision created distinction based on age — Air Canada asserted that employee’s period of employment or years of service not personal characteristic falling under definition of analogous ground — Also asserted that the applicant led no evidence that Impugned Provision created disproportionate impact on members of protected group — Whether Regulations, ss. 3(b), 5(b) violating Charter, s. 15(1) — Those provisions not violating s. 15(1) — Length of employee’s service not immutable personal characteristic — Given logical connection between length of service, age, Impugned Provision both directly,

Droits de la personne — Demande de contrôle judiciaire d’une décision rendue par le Tribunal canadien des droits de la personne (le T.C.D.P.) qui a refusé une demande visant à déclarer inconstitutionnels les alinéas 3b) et 5b) du Règlement sur l’application de la Loi canadienne sur les droits de la personne aux régimes de prestations (le Règlement), au motif que ces dispositions violaient le paragraphe 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Des modifications ont été apportées à une convention collective (la Convention) entre la demanderesse et la défenderesse Air Canada en réponse à des modifications législatives abrogeant une disposition qui permettait la retraite obligatoire à l’âge de 60 ans — La Convention comprenait également une garantie collective d’assurance-invalidité (la GCAI) pour les pilotes en invalidité de longue durée — La disposition L75.07 de la GCAI prévoyait que les pilotes admissibles à une pension non réduite n’étaient pas admissibles aux prestations d’invalidité s’ils devenaient incapables de travailler en raison d’une maladie ou d’une invalidité — Le défendeur Roy Bentley est devenu admissible à la retraite; il a déposé une plainte pour atteinte aux droits de la personne — Il a fait valoir que la disposition L75.07 du GCAI établissait une distinction fondée sur l’âge — Le critère applicable sous le régime de l’article 15 de la Charte demande si la disposition contestée établit une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et, dans l’affirmative, si elle impose un fardeau ou nie un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer le désavantage — Le T.C.D.P. a conclu que les alinéas 3b) et 5b) du Règlement rencontraient la première partie du test — Toutefois, il a conclu qu’ils ne créent pas de désavantage, de préjudice ou de stéréotype pour le groupe de demandeurs — Les alinéas 3b) et 5b) contiennent deux exemptions distinctes — La demanderesse a contesté l’exception prévoyant la cessation des prestations d’invalidité pour les employés ayant atteint « l’âge normal ouvrant droit à la pension en vertu du régime de retraite auquel participe l’employé » (la disposition contestée) — Elle était d’avis que cette exception constituait une violation du paragraphe 15(1)

indirectly created distinction on basis of age — Contextual analysis remaining part of Court's approach to substantive equality, requiring balancing of interests at play — Purpose of impugned provision in context of broader scheme still meaningful consideration, along with whether lines drawn are generally appropriate having regard to circumstances of groups impacted, objects of scheme (Withler v. Canada (Attorney General), S.C.C.) — Here, ss. 3(b), 5(b) creating distinction when claimant reaches "normal pensionable age" — Issue was whether this drew discriminatory distinction by denying benefit in manner reinforcing disadvantage — Use of "normal pensionable age" allowing employers to have regard to employee's circumstances, pensionable benefit in line with teachings of Withler — "Normal pensionable age" bona fide distinction — Not targeting groups for illegitimate reasons outside of overall scheme — Here, consistent with Withler, terminating disability benefits when employee reaching normal pensionable age not putting employees in adverse situation — Provisions based on age must also consider natural cycle, "vertical", "horizontal" needs of population as recognized in Withler — Ss. 3(b), 5(b) creating necessary exemption to individualized approach that would otherwise apply under Canadian Human Rights Act — Charter, s. 15 right safeguarded under ss. 3(b), 5(b), Impugned Provision — Application dismissed.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Canadian Human Rights Tribunal (C.H.R.T.) dismissing request to declare Canadian Human Rights Benefit Regulations (Regulations), ss. 3(b), 5(b) unconstitutional for violating Charter, s. 15(1) — Amendments made to collective agreement between applicant, respondent Air Canada in response to legislative amendments repealing provision that permitted mandatory retirement at age of 60 — Agreement

de la Charte — La demanderesse a soutenu que la disposition contestée crée une distinction fondée sur l'âge — Air Canada a soutenu que la période de service d'un employé n'est pas une caractéristique immuable qui a le caractère d'un motif énuméré ou analogue — Elle a aussi affirmé que la demanderesse n'a présenté aucune preuve que la disposition contestée a un effet disproportionné sur les membres d'un groupe protégé — Les alinéas 3b) et 5b) du Règlement contrevenaient-ils au paragraphe 15(1) de la Charte? — Ces dispositions ne contrevenaient pas au paragraphe 15(1) — La durée du service d'un employé n'est pas une caractéristique personnelle immuable — Compte tenu du lien logique entre la durée du service et l'âge, la disposition contestée crée directement et indirectement une distinction fondée sur l'âge — Une analyse contextuelle fait toujours partie de l'approche de la Cour à l'égard de l'égalité réelle, ce qui nécessite un équilibre des intérêts en jeu — L'objet de la disposition contestée dans le contexte de l'ensemble du régime de retraite demeurerait une considération pertinente, tout comme la pertinence générale des limites établies au regard de la situation des groupes touchés et des objets du régime (Withler c. Canada (Procureur général), C.S.C.) — En l'espèce, les alinéas 3b) et 5b) créent une distinction lorsqu'un demandeur atteint l'« âge normal ouvrant droit à la pension » — La question était de savoir si cette distinction devient discriminatoire par le refus d'une prestation d'une manière qui renforce le désavantage — L'utilisation de « l'âge normal ouvrant droit à la pension » permet aux employeurs de tenir compte de la situation de l'employé et des prestations ouvrant droit à la pension conformément aux enseignements énoncés dans l'arrêt Withler — La distinction faite par l'« âge normal ouvrant droit à la pension » est une distinction de bonne foi — Elle ne cible pas des groupes pour des raisons illégitimes en dehors du régime général — En l'espèce, conformément à l'arrêt Withler, mettre fin aux prestations d'invalidité lorsqu'un employé a atteint l'âge normal ouvrant droit à la pension ne mettait pas les employés dans une situation difficile — Les dispositions fondées sur l'âge doivent également tenir compte du cycle naturel, en gardant à l'esprit à la fois des besoins « verticaux » et « horizontaux » de la population, comme le reconnaît l'arrêt Withler — Les alinéas 3b) et 5b) créent une exception nécessaire à l'approche personnalisée qui, sinon, s'appliquerait sous le régime de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Le droit garanti par l'article 15 de la Charte est protégé par les alinéas 3b) et 5b) et par la disposition contestée — Demande rejetée.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Le Tribunal canadien des droits de la personne (le T.C.D.P.) a refusé une demande visant à déclarer inconstitutionnels les alinéas 3b) et 5b) du Règlement sur l'application de la Loi canadienne sur les droits de la personne aux régimes de prestations (le Règlement), au motif que ces dispositions violaient le paragraphe 15(1) de la Charte — Des modifications ont été apportées à une convention collective (la Convention) entre

included Group Disability Income Plan (GDIP) for pilots on long-term disability — GDIP, provision L75.07 provided that pilots eligible for unreduced pension did not qualify for disability benefits should they become unable to work due to illness or disability — Respondent Roy Bentley becoming eligible to retire, filing human rights complaint — Argued that L75.07 discriminatory on basis of age — Test under s. 15(1) asking whether impugned provision creating distinction based on enumerated or analogous ground; if so, whether it imposes burdens or denies a benefit in manner having effect of reinforcing disadvantage — Ss. 3(b), 5(b) containing two distinct exemptions — Applicant challenged fact that employees at “normal pensionable age under the pension plan of which the employee is a member” (Impugned Provision) cut-off from disability benefits — Of view that this violating Charter, s. 15(1) — Applicant argued that Impugned Provision created distinction based on age — Whether Regulations, ss. 3(b), 5(b) violating Charter, s. 15(1) — Those provisions not violating s. 15(1) — Contextual approach still part of Court’s approach to substantive equality, requiring balancing of interests at play — Purpose of impugned provision in context of broader scheme still meaningful consideration, along with whether lines drawn are generally appropriate having regard to circumstances of groups impacted, objects of scheme (*Withler v. Canada (Attorney General)*, S.C.C.) — Here, ss. 3(b), 5(b) creating distinction when claimant reaches “normal pensionable age” — Issue was whether this drew discriminatory distinction by denying benefit in manner reinforcing disadvantage — Use of “normal pensionable age” allowing employers to have regard to employee’s circumstances, pensionable benefit in line with teachings of *Withler* — “Normal pensionable age” bona fide distinction — Not targeting groups for illegitimate reasons outside of overall scheme — Here, consistent with *Withler*; terminating disability benefits when employee reaching normal pensionable age not putting employees in adverse situation — S. 15 ensuring substantive equality for all employees — This not meaning that all workers will have exact same disability coverage — Rather, it requires that all workers be eligible to form of compensation for loss of salary based on disability — This equality right safeguarded under ss. 3(b), 5(b), Impugned Provision.

la demanderesse et la défenderesse Air Canada en réponse à des modifications législatives abrogeant une disposition qui permettait la retraite obligatoire à l’âge de 60 ans — La Convention comprenait également une garantie collective d’assurance-invalidité (la GCAI) pour les pilotes en invalidité de longue durée — La disposition L75.07 de la GCAI prévoyait que les pilotes admissibles à une pension non réduite n’étaient pas admissibles aux prestations d’invalidité s’ils devenaient incapables de travailler en raison d’une maladie ou d’une invalidité — Le défendeur Roy Bentley est devenu admissible à la retraite; il a déposé une plainte pour atteinte aux droits de la personne — Il a fait valoir que la disposition L75.07 du GCAI établissait une distinction fondée sur l’âge — Le critère applicable sous le régime de l’article 15 de la Charte demande si la disposition contestée établit une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et, dans l’affirmative, si elle impose un fardeau ou nie un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer le désavantage — Les alinéas 3b) et 5b) contiennent deux exemptions distinctes — La demanderesse a contesté l’exception prévoyant la cessation des prestations d’invalidité pour les employés ayant atteint « l’âge normal ouvrant droit à la pension en vertu du régime de retraite auquel participe l’employé » (la disposition contestée) — Elle était d’avis que cette exception constituait une violation du paragraphe 15(1) de la Charte — La demanderesse a soutenu que la disposition contestée crée une distinction fondée sur l’âge — Les alinéas 3b) et 5b) du Règlement contrevenaient-ils au paragraphe 15(1) de la Charte? — Ces dispositions ne contrevenaient pas au paragraphe 15(1) — Une analyse contextuelle fait toujours partie de l’approche de la Cour à l’égard de l’égalité réelle, ce qui nécessite un équilibre des intérêts en jeu — L’objet de la disposition contestée dans le contexte de l’ensemble du régime de retraite demeurerait une considération pertinente, tout comme la pertinence générale des limites établies au regard de la situation des groupes touchés et des objets du régime (*Withler c. Canada (Procureur général)*, C.S.C.) — En l’espèce, les alinéas 3b) et 5b) créent une distinction lorsqu’un demandeur atteint l’« âge normal ouvrant droit à la pension » — La question était de savoir si cette distinction devient discriminatoire par le refus d’une prestation d’une manière qui renforce le désavantage — L’utilisation de « l’âge normal ouvrant droit à la pension » permet aux employeurs de tenir compte de la situation de l’employé et des prestations ouvrant droit à la pension conformément aux enseignements énoncés dans l’arrêt *Withler* — La distinction faite par l’« âge normal ouvrant droit à la pension » est une distinction de bonne foi — Elle ne cible pas des groupes pour des raisons illégitimes en dehors du régime général — En l’espèce, conformément à l’arrêt *Withler*, mettre fin aux prestations d’invalidité lorsqu’un employé a atteint l’âge normal ouvrant droit à la pension ne mettait pas les employés dans une situation difficile — L’article 15 garantit l’égalité réelle de tous les employés — Cela ne veut pas dire que tous les travailleurs auront à ce titre exactement la même couverture d’invalidité

This was an application for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Tribunal (C.H.R.T.) that dismissed a request to declare paragraphs 3(b) and 5(b) of the *Canadian Human Rights Benefit Regulations* (Regulations) unconstitutional for violating subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter).

In 2012, amendments were made to a collective agreement (Agreement) between the applicant and the respondent Air Canada in response to legislative amendments repealing a provision that permitted mandatory retirement at the age of 60. The amendments provided that pilots were eligible to retire with an unreduced pension at age 60 with 25 years of service, or at age 65 if they did not have 25 years of qualifying service. The Agreement also included a Group Disability Income Plan (GDIP) for pilots on long-term disability. Provision L75.07 of the GDIP provided that pilots who were eligible for an unreduced pension did not qualify for disability benefits should they become unable to work due to illness or disability. In 2014, the respondent Roy Bentley became eligible to retire with an unreduced pension as he had completed more than 25 years of service with Air Canada. When he learned that he would not receive GDIP benefits if he became disabled, he filed a human rights complaint. Before the C.H.R.T., Mr. Bentley argued that L75.07 was discriminatory on the basis of age. The questions to be asked when assessing a claim under subsection 15(1) of the Charter are whether the impugned provision, on its face or in its impact, creates a distinction based on an enumerated or analogous ground; and, if so, whether it imposes burdens or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating disadvantage, including a “historical” disadvantage. The C.H.R.T. found that when the effects of L75.07 were taken into account, paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations created a distinction based on an analogous ground, meeting the first part of the subsection 15(1) test. However, the C.H.R.T. concluded that paragraphs 3(b) and 5(b) did not disadvantage, prejudice, or stereotype the claimant group. Pursuant to section 22 of the *Canadian Human Rights Act* (Act), the terms of an insurance plan do not violate the Act if the discriminatory basis of that insurance plan is permitted by the Regulations. Paragraphs 3(b) and 5(b) contain two distinct exemptions: if the employee is at an age that is not less than 65; or if the employee is the “normal pensionable age under the pension plan”. On this judicial review, the applicant challenged the fact that employees at “normal pensionable age under the pension plan of which the employee is a member” (Impugned Provision) are

— *L'article 15 exige plutôt que tous les travailleurs soient admissibles à une forme d'indemnisation pour la perte de salaire en raison d'une invalidité — Ce droit à l'égalité est protégé par les alinéas 3b) et 5b) et par la disposition contestée.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par le Tribunal canadien des droits de la personne (le T.C.D.P.) par laquelle ce dernier a, entre autres, refusé une demande visant à déclarer inconstitutionnels les alinéas 3b) et 5b) du *Règlement sur l'application de la Loi canadienne sur les droits de la personne aux régimes de prestations* (le Règlement), au motif que ces dispositions violaient le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte).

En 2012, des modifications ont été apportées à une convention collective (la Convention) entre la demanderesse et la défenderesse Air Canada en réponse à des modifications législatives abrogeant une disposition qui permettait la retraite obligatoire à l'âge de 60 ans. Les modifications prévoyaient que les pilotes étaient admissibles à la retraite avec pension non réduite à l'âge de 60 ans après 25 années de service, ou à l'âge de 65 ans s'ils n'avaient pas atteint 25 années de service admissible. La Convention comprenait également une garantie collective d'assurance-invalidité (la GCAI) pour les pilotes en invalidité de longue durée. La disposition L75.07 de la GCAI prévoyait que les pilotes admissibles à une pension non réduite n'étaient pas admissibles aux prestations d'invalidité s'ils devenaient incapables de travailler en raison d'une maladie ou d'une invalidité. En 2014, le défendeur Roy Bentley est devenu admissible à la retraite avec pension non réduite, car il avait accumulé plus de 25 années de service au sein d'Air Canada. Lorsqu'il a appris qu'il ne recevrait pas de prestations de GCAI s'il devenait invalide, il a déposé une plainte pour atteinte aux droits de la personne. Devant le T.C.D.P., M. Bentley a fait valoir que la disposition L75.07 du GCAI établissait une distinction fondée sur l'âge. Lorsqu'une demande fondée sur le paragraphe 15(1) de la Charte est évaluée, deux questions se posent : 1) à première vue ou de par son effet, la disposition contestée établit-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et, dans l'affirmative, 2) impose-t-elle un fardeau ou nie-t-elle un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage, y compris le désavantage « historique » subi? Le T.C.D.P. a conclu que, lorsque les effets de la disposition L75.07 sont pris en compte, les alinéas 3b) et 5b) du Règlement créent une distinction fondée sur un motif analogue, et que cela satisfait donc à la première étape de l'analyse fondée sur le paragraphe 15(1). Toutefois, le T.C.D.P. a conclu que les alinéas 3b) et 5b) ne créent pas de désavantage, de préjudice ou de stéréotype pour le groupe de demandeurs. Selon l'article 22 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la Loi), les modalités d'un régime d'assurance ne contreviennent pas à la Loi si le fondement discriminatoire de ce régime d'assurance est permis par le Règlement. Les alinéas 3b) et 5b) contiennent

cut-off from disability benefits. It was of the view that this exemption is a violation of subsection 15(1) of the Charter. The applicant argued that, on its face, the Impugned Provision created a distinction based on age, and that this distinction was based on membership in an enumerated group—in this case, older workers. Air Canada asserted that the distinction created by the Impugned Provision was not based on an enumerated or analogous ground, that it referred to the “normal pensionable age”, which may be determined by a given period of service, rather than age. Air Canada argued that an employee’s period of service is not an immutable characteristic that has the character of an enumerated or analogous ground. An analogous ground is one based on a personal characteristic that is immutable or changeable only at unacceptable cost to personal identity. Air Canada asserted that an employee’s period of employment or years of service is not a personal characteristic that falls under this definition. It also asserted that the applicant could not succeed on the first part of the test because it had led no evidence and had not demonstrated that the Impugned Provision created a disproportionate impact on members of a protected group.

The sole substantive issue was whether paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations violated subsection 15(1) of the Charter.

Held, the application should be dismissed.

Paragraphs 3(b) and 5(b) did not violate subsection 15(1) of the Charter and the C.H.R.T.’s decision was not in error. The length of an employee’s service on its own is not an immutable personal characteristic, as it does not describe what a person is, but rather what a person is doing or has done. Employees who are most likely to be impacted by pension eligibility determined by a set period of service are older employees given the length of service required to obtain that eligibility. While limited evidence was advanced regarding the length of service generally required by these plans or the age at which employees in those positions begin working to determine their age of pension eligibility, given the logical connection between length of service and age, it was concluded that the Impugned Provision both directly and indirectly created a distinction on the basis of age.

deux exemptions distinctes : si l’employé a au moins 65 ans; ou s’il a « l’âge normal ouvrant droit à la pension en vertu du régime de retraite ». Dans le cadre du présent contrôle judiciaire, la demanderesse a contesté l’exception prévoyant la cessation des prestations d’invalidité pour les employés ayant atteint « l’âge normal ouvrant droit à la pension en vertu du régime de retraite auquel participe l’employé » (la disposition contestée). Elle était d’avis que cette exception constituait une violation du paragraphe 15(1) de la Charte. La demanderesse a soutenu que, à première vue, la disposition contestée crée une distinction fondée sur l’âge, et que cette distinction est fondée sur l’appartenance à un groupe visé par un motif énuméré — en l’occurrence, les travailleurs âgés. Air Canada a affirmé que la distinction créée par la disposition contestée n’est pas fondée sur un motif énuméré ou analogue, que la disposition contestée fait référence à l’« âge normal ouvrant droit à la pension », qui peut être déterminé par une période de service donnée, plutôt que par l’âge. Air Canada a soutenu que la période de service d’un employé n’est pas une caractéristique immuable qui a le caractère d’un motif énuméré ou analogue. Un motif analogue est une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l’identité personnelle. Air Canada a affirmé que la période d’emploi ou les années de service d’un employé ne constituent pas une caractéristique personnelle visée par cette définition. Elle a aussi affirmé que la demanderesse ne pouvait satisfaire à la première étape du critère, parce qu’elle n’a présenté aucune preuve et n’a pas démontré que la disposition contestée a un effet disproportionné sur les membres d’un groupe protégé.

La seule question de fond à trancher était celle de savoir si les alinéas 3b) et 5b) du Règlement contrevenaient au paragraphe 15(1) de la Charte.

Jugement : la demande doit être rejetée.

Les alinéas 3b) et 5b) du Règlement ne contrevenaient pas au paragraphe 15(1) de la Charte et la décision du T.C.D.P. n’était pas erronée. La durée du service d’un employé à elle seule n’est pas une caractéristique personnelle immuable, car elle ne décrit pas ce qu’est une personne, mais plutôt ce qu’une personne fait ou a fait. Les employés qui sont le plus susceptibles d’être touchés par l’admissibilité à la pension déterminée par une période de service donnée sont les employés plus âgés, compte tenu de la durée de service requise pour devenir admissible. Bien que peu d’éléments de preuve aient été présentés concernant la durée de service généralement requise par ces régimes ou l’âge auquel les employés qui occupent ces postes commencent à travailler pour déterminer leur âge d’admissibilité à la pension, compte tenu du lien logique entre la durée du service et l’âge, on pouvait conclure que la disposition contestée crée directement et indirectement une distinction fondée sur l’âge.

A contextual analysis remains part of the Court's approach to substantive equality, requiring a balancing of the interests at play. As stated by the Supreme Court in *Withler v. Canada (Attorney General)* (*Withler*), the purpose of the impugned provision in the context of the broader scheme is still a meaningful consideration, along with whether lines drawn are generally appropriate having regard to the circumstances of the groups impacted and the objects of the scheme. Perfect correspondence between a benefit program and the actual needs and circumstances of the claimant group is not required. Allocation of resources and particular policy goals may also be considered. In this case, paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations create a distinction when a claimant reaches "normal pensionable age". The issue was whether this drew a discriminatory distinction by denying a benefit in a manner that reinforces, perpetuates or exacerbates disadvantage as an employee gets older and reaches pensionable age. The use of "normal pensionable age" allows employers to have regard to the employee's circumstances and pensionable benefit in line with the teachings of *Withler*. The contextual factors demonstrated that the distinction made by "normal pensionable age" is a *bona fide* distinction. It is not targeting groups for illegitimate reasons outside of the overall scheme. Here, consistent with *Withler* and the goals pursued, terminating disability benefits when an employee has reached normal pensionable age does not put employees in an adverse situation because they are able to collect unreduced pension benefits. There are some inherent distinctions when considering a provision based on age. Provisions based on age must also consider the natural cycle, bearing in mind both the "vertical" and "horizontal" needs of the population as recognized in *Withler*. Even if one were to accept that older workers face stereotypes in the workplace, and have experienced certain disadvantages associated with those stereotypes, there is insufficient evidence of the actual impact of the loss of disability benefits on older workers, or a clear connection in the evidence between the loss of disability benefits to those asserted stereotypes and disadvantages. Paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations create a necessary exemption to the individualized approach that would otherwise apply under the Act. Section 15 of the Charter ensures substantive equality for all employees. This does not mean that all workers will have the exact same disability coverage because they are workers, or that there will be formal equality between older and younger workers. Rather, it requires that all workers be eligible to a form of compensation for loss of salary based on disability. The C.H.R.T. correctly found that this equality right was safeguarded under paragraphs 3(b) and 5(b), and in effect by the Impugned Provision.

Une analyse contextuelle fait toujours partie de l'approche de la Cour à l'égard de l'égalité réelle, ce qui nécessite un équilibre des intérêts en jeu. Tel qu'énoncé par la Cour suprême dans l'arrêt *Withler c. Canada (Procureur général)* (*Withler*), l'objet de la disposition contestée dans le contexte de l'ensemble du régime de retraite demeurerait une considération pertinente, tout comme la pertinence générale des limites établies au regard de la situation des groupes touchés et des objets du régime. Il n'est pas nécessaire que le programme de prestations corresponde parfaitement à la situation et aux besoins véritables du groupe de demandeurs. L'affectation des ressources et les objectifs stratégiques particuliers peuvent aussi être pris en compte. En l'espèce, les alinéas 3b) et 5b) du Règlement créent une distinction lorsqu'un demandeur atteint l'« âge normal ouvrant droit à la pension ». La question était de savoir si cette distinction devient discriminatoire par le refus d'une prestation d'une manière qui renforce, perpétue ou accentue le désavantage à mesure qu'un employé vieillit et atteint l'âge ouvrant droit à la pension. L'utilisation de « l'âge normal ouvrant droit à la pension » permet aux employeurs de tenir compte de la situation de l'employé et des prestations ouvrant droit à la pension conformément aux enseignements énoncés dans l'arrêt *Withler*. Les facteurs contextuels ont démontré que la distinction faite par l'« âge normal ouvrant droit à la pension » est une distinction de bonne foi. Elle ne cible pas des groupes pour des raisons illégitimes en dehors du régime général. En l'espèce, conformément à l'arrêt *Withler* et aux objectifs poursuivis, le fait de mettre fin aux prestations d'invalidité lorsqu'un employé a atteint l'âge normal ouvrant droit à la pension ne mettrait pas les employés dans une situation difficile, parce qu'ils pouvaient toucher des prestations de retraite non réduites. Il existe certaines distinctions inhérentes lorsqu'on envisage une disposition fondée sur l'âge. Les dispositions fondées sur l'âge doivent également tenir compte du cycle naturel, en gardant à l'esprit à la fois des besoins « verticaux » et « horizontaux » de la population, comme le reconnaît l'arrêt *Withler*. Même si l'on admettait que les travailleurs âgés sont victimes de stéréotypes en milieu de travail et qu'ils ont subi certains désavantages associés à ces stéréotypes, la preuve ne suffit pas à étayer l'impact réel de la perte de prestations d'invalidité sur les travailleurs âgés, ni l'existence d'un lien clair entre la perte des prestations d'invalidité et les stéréotypes et désavantages allégués. Les alinéas 3b) et 5b) du Règlement créent une exception nécessaire à l'approche personnalisée qui, sinon, s'appliquerait sous le régime de la Loi. L'article 15 de la Charte garantit l'égalité réelle de tous les employés. Cela ne veut pas dire que tous les travailleurs auront à ce titre exactement la même couverture d'invalidité, ni qu'il y aura une égalité formelle entre les travailleurs âgés et les jeunes travailleurs. L'article 15 exige plutôt que tous les travailleurs soient admissibles à une forme d'indemnisation pour la perte de salaire en raison d'une invalidité. Le T.C.D.P. a conclu à juste titre que ce droit à l'égalité était protégé par les alinéas 3b) et 5b) et, du moins dans ses effets, par la disposition contestée.

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, 15.
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 22.
Canadian Human Rights Benefit Regulations, SOR/80-68, ss. 2 “normal pensionable age”, 3(b), 5(b).
Employment Standards Act, 2000, S.O. 2000, c. 41.
Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 25(2.1).
Public Service Superannuation Act, R.S.C., 1985, c. P-36.

CASES CITED

APPLIED:

Fraser v. Canada (Attorney General), 2020 SCC 28, [2020] 3 S.C.R. 113; *National R&D Inc. v. Canada*, 2022 FCA 72, [2022] 2 F.C.R. D-4; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 12.

CONSIDERED:

Talos v. Grand Erie District School Board, 2018 HRTO 680 (CanLII), 47 C.C.E.L. (4th) 75; *Bekker v. Canada*, 2004 FCA 186, [2004] 3 C.T.C. 183; *Stadler v. Director, St Boniface/St Vital*, 2020 MBCA 46 (CanLII), 456 C.R.R. (2d) 297; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; *Landau v. Canada (Attorney General)*, 2022 FCA 12, 466 D.L.R. (4th) 550; *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297; *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464; *Weatherley v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 158, [2021] 3 F.C.R. D-21; *Charles v. Canada (Attorney General)* (1996), 134 D.L.R. (4th) 742 (Ont. Sup. Ct.); *R. v. C.P.*, 2021 SCC 19, [2021] 1 S.C.R. 679; *Healy v. Gregory* (2009), 75 C.C.P.B. 178, [2009] O.J. No. 2562 (QL), 2009 CanLII 31609 (Ont. Sup. Ct.); *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313.

REFERRED TO:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Highwood Congregation*

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, 15.
Code des droits de la personne, L.R.O., ch. H.19, art. 25(2.1).
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 22.
Loi de 2000 sur les normes d'emploi, L.O. 2000, ch. 41.
Loi sur la pension de la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-36.
Règlement sur l'application de la Loi canadienne sur les droits de la personne aux régimes de prestations, DORS/80-68, art. 2 « âge normal ouvrant droit à la pension », 3b), 5b).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Fraser c. Canada (Procureur général), 2020 CSC 28, [2020] 3 R.C.S. 113; *National R&D Inc. c. Canada*, 2022 CAF 72, [2022] 2 R.C.F. F-5; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 12.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Talos v. Grand Erie District School Board, 2018 HRTO 680 (CanLII), 47 C.C.E.L. (4th) 75; *Bekker c. Canada*, 2004 CAF 186; *Stadler v. Director, St Boniface/St Vital*, 2020 MBCA 46 (CanLII), 456 C.R.R. (2d) 297; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *Landau c. Canada (Procureur général)*, 2022 CAF 12; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22; *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464; *Weatherley c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 158, [2021] 3 R.C.F. F-22; *Charles v. Canada (Attorney General)* (1996), 134 D.L.R. (4th) 742 (C.S. Ont.); *R. c. C.P.*, 2021 CSC 19, [2021] 1 R.C.S. 679; *Healy v. Gregory*, [2009] O.J. n° 2562 (QL), 2009 CanLII 31609 (C.S. Ont.); *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Highwood*

of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) v. Wall, 2018 SCC 26, [2018] 1 S.C.R. 750; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Mackay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75; *Khodeir v. Canada (Attorney General)*, 2022 FC 44; *Forest Ethics Advocacy Association v. National Energy Board*, 2014 FCA 88; *Centrale des syndicats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522; *Ontario Public Service Employees Union v. Ontario (Government & Consumer Services)*, 2021 CanLII 19542 (Ont. G.S.B.).

AUTHORS CITED

Canadian Human Rights Commission, *Annual Report 1979*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1980.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Tribunal (2019 CHRT 37, 51 C.C.P.B. (2d) 267) that dismissed a request to declare paragraphs 3(b) and 5(b) of the *Canadian Human Rights Benefit Regulations* unconstitutional for violating subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Application dismissed.

APPEARANCES

Christopher Rootham for applicant.
Maryse Tremblay for respondent Air Canada.

No one appearing for respondent Roy Bentley.

SOLICITORS OF RECORD

Nelligan O'Brien Payne LLP, Ottawa, for applicant.
Borden Ladner Gervais LLP, Montréal, for respondent Air Canada.
Hamilton Duncan Armstrong & Stewart, Surrey, British Columbia, for respondent Roy Bentley.

Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) c. Wall, 2018 CSC 26, [2018] 1 R.C.S. 750; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Mackay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l'énergie)*, 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75; *Khodeir c. Canada (Procureur général)*, 2022 CF 44; *Forest Ethics Advocacy Association c. Office national de l'énergie*, 2014 CAF 88; *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522; *Ontario Public Service Employees Union v. Ontario (Government & Consumer Services)*, 2021 CanLII 19542 (Comm. de règlement des griefs Ont.).

DOCTRINE CITÉE

Commission canadienne des droits de la personne, *Rapport annuel 1979*. Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1980.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision rendue par le Tribunal canadien des droits de la personne (2019 TCDP 37) par laquelle ce dernier a refusé une demande visant à déclarer inconstitutionnels les alinéas 3b) et 5b) du *Règlement sur l'application de la Loi canadienne sur les droits de la personne aux régimes de prestations*, au motif que ces dispositions violaient le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Christopher Rootham pour la demanderesse.
Maryse Tremblay pour la défenderesse Air Canada.
Personne n'a comparu pour le défendeur Roy Bentley.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Nelligan O'Brien Payne s.r.l., Ottawa, pour la demanderesse.
Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, pour la défenderesse Air Canada.
Hamilton Duncan Armstrong & Stewart, Surrey, Colombie-Britannique, pour le défendeur Roy Bentley.

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

[1] FURLANETTO J.: This is an application for judicial review of an August 28, 2019 decision [*Bentley v. Air Canada and Air Canada Pilots Association*, 2019 CHRT 37, 51 C.C.P.B. (2d) 267] (Decision) of the Canadian Human Rights Tribunal (C.H.R.T.) that, *inter alia*, dismissed a request to declare paragraphs 3(b) and 5(b) of the *Canadian Human Rights Benefit Regulations*, SOR/80-68 (Regulations) unconstitutional for violating subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter). The C.H.R.T. found that paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations were a complete defence to complaints filed by the Respondent, Roy Bentley, against Air Canada (AC) and Air Canada Pilots Association (ACPA) that a provision of the collective agreement between AC and ACPA allowing for termination of long-term disability benefits for pilots who became eligible to receive unreduced pension benefits was age discrimination within the meaning of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (Act).

[2] Mr. Bentley is now retired from AC and has elected not to participate in the current proceedings. He did not file any materials or participate in the hearing of this matter. Instead, ACPA has brought this application to challenge the C.H.R.T.'s finding based on subsection 15(1) of the Charter.

[3] For the reasons set out below, it is my view that the application should be dismissed as ACPA has failed to demonstrate that the phrase "normal pensionable age under the pension plan of which the employee is a member" from paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations violates the substantive equality norm enshrined in subsection 15(1) of the Charter.

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

[1] LA JUGE FURLANETTO : La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue le 28 août 2019 [*Bentley c. Air Canada et Association des pilotes d'Air Canada*, 2019 TCDP 37] (la décision contestée) par le Tribunal canadien des droits de la personne (le T.C.D.P.) par laquelle ce dernier a, entre autres, refusé une demande visant à déclarer inconstitutionnels les alinéas 3b) et 5b) du *Règlement sur l'application de la Loi canadienne sur les droits de la personne aux régimes de prestations*, DORS/80-68 (le Règlement), au motif que ces dispositions violent le paragraphe 15(1) 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] (la Charte). Le T.C.D.P. a conclu que les alinéas 3b) et 5b) du Règlement constituaient une défense complète contre les plaintes déposées par le défendeur, Roy Bentley, contre Air Canada (AC) et l'Association des pilotes d'Air Canada (l'APAC), portant qu'une disposition de la convention collective conclue entre AC et l'APAC permettant la cessation des prestations d'invalidité de longue durée pour les pilotes qui sont devenus admissibles à des prestations de retraite non réduites constituait de la discrimination fondée sur l'âge au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la Loi).

[2] M. Bentley est maintenant retraité d'AC et a choisi de ne pas participer à la présente instance. Il n'a produit aucun document et n'a pas participé à l'audience de cette affaire. L'APAC a plutôt présenté la demande en l'espèce pour contester la conclusion du T.C.D.P. fondée sur le paragraphe 15(1) de la Charte.

[3] Pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d'avis que la demande devrait être rejetée, car l'APAC n'a pas démontré que l'expression « âge normal ouvrant droit à la pension en vertu du régime de retraite auquel participe l'employé », employée aux alinéas 3b) et 5b) du Règlement viole la norme de l'égalité réelle consacrée au paragraphe 15(1) de la Charte.

I. Background

[4] In 2011, ACPA and AC entered into a collective agreement (Agreement) that was in force from 2011 to 2016. In 2012, amendments were made to the Agreement in response to legislative amendments repealing a provision that permitted mandatory retirement at the age of 60. The amendments provided that pilots were eligible to retire with an unreduced pension at age 60 with 25 years of service, or at age 65 if they did not have 25 years of qualifying service.

[5] The Agreement also included a Group Disability Income Plan (GDIP) for pilots on long-term disability. Provision L75.07 of the GDIP provided that pilots who were eligible for an unreduced pension did not qualify for disability benefits should they become unable to work due to illness or disability.

[6] Mr. Bentley turned 60 on May 30, 2014. He became eligible to retire with an unreduced pension as he had completed more than 25 years of service with AC. When he learned that he would not receive GDIP benefits if he became disabled, he filed a human rights complaint.

A. *Proceeding before the C.H.R.T.*

[7] Before the C.H.R.T., Mr. Bentley argued that paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations violated subsection 15(1) of the Charter and were not saved by section 1, and that L75.07 of the GDIP was discriminatory on the basis of age.

[8] Both AC and ACPA initially opposed Mr. Bentley's arguments. However, in May 2018, the Ontario Human Rights Tribunal (O.H.R.T.) released its decision in *Talos v. Grand Erie District School Board*, 2018 HRTO 680 (CanLII), 47 C.C.E.L. (4th) 75 (*Talos*), wherein the O.H.R.T. found that a provision under Ontario human rights legislation violated subsection 15(1) of the Charter and were not to be saved by section 1. After the release of

I. Contexte

[4] En 2011, l'APAC et AC ont conclu une convention collective (la Convention) qui a été en vigueur de 2011 à 2016. En 2012, des modifications ont été apportées à la Convention en réponse à des modifications législatives abrogeant une disposition qui permettait la retraite obligatoire à l'âge de 60 ans. Les modifications prévoyaient que les pilotes étaient admissibles à la retraite avec pension non réduite à l'âge de 60 ans après 25 années de service, ou à l'âge de 65 ans s'ils n'avaient pas atteint 25 années de service admissible.

[5] La Convention comprenait également une garantie collective d'assurance-invalidité (la GCAI) pour les pilotes en invalidité de longue durée. La disposition L75.07 de la GCAI prévoyait que les pilotes admissibles à une pension non réduite n'étaient pas admissibles aux prestations d'invalidité s'ils devenaient incapables de travailler en raison d'une maladie ou d'une invalidité.

[6] M. Bentley a eu 60 ans le 30 mai 2014. Il est devenu admissible à la retraite avec pension non réduite, car il avait accumulé plus de 25 années de service au sein d'AC. Lorsqu'il a appris qu'il ne recevrait pas de prestations de GCAI s'il devenait invalide, il a déposé une plainte pour atteinte aux droits de la personne.

A. *L'instance devant le T.C.D.P.*

[7] Devant le T.C.D.P., M. Bentley a fait valoir que les alinéas 3b) et 5b) du Règlement contrevenaient au paragraphe 15(1) de la Charte et n'étaient pas justifiés au regard de l'article premier de la Charte, et que la disposition L75.07 du GCAI établissait une distinction fondée sur l'âge.

[8] AC et l'APAC se sont d'abord opposées aux arguments de M. Bentley. Toutefois, en mai 2018, le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario (le T.D.P.O.) a rendu sa décision dans l'affaire *Talos v. Grand Erie District School Board*, 2018 HRTO 680 (CanLII), 47 C.C.E.L. (4th) 75 (*Talos*), dans laquelle le T.D.P.O. a conclu qu'une disposition de la législation ontarienne sur les droits de la personne contrevenait au paragraphe 15(1) de la Charte

Talos, ACPA changed its position to support Mr. Bentley's arguments.

B. Evidence before the C.H.R.T.

[9] Before the C.H.R.T., ACPA provided evidence from three former pilots: Mr. Bentley, Robert Lyon and Sandra Anderson. Mr. Bentley was not disabled and was therefore not financially harmed by the provisions. Robert Lyon required six months to recover from a heart attack after his 60th birthday. He took leave without pay after exhausting his vacation and sick days before returning to work. Sandra Anderson required a major surgery four months after her 60th birthday. She retired seven months later after using her accrued sick days and vacation days so she did not have to go without income.

[10] AC also provided an expert report from Peter Gorham (Gorham Report) who was qualified as an expert "with actuarial expertise in the design, implementation, governance, costing and funding of pension plans and employee benefit programs". Mr. Gorham reached two key conclusions in his report:

- A. It is appropriate from an actuarial and insurance perspective (i.e., cost effectiveness) to replace loss of income benefits with retirement benefits for workers at some point between age 61 and 65; and
- B. Reference to pensionable age is a reasonable proxy to recognize the specific retirement experience at various employers.

[11] In arriving at these conclusions, Mr. Gorham opined that "it [was] not actuarially sound to continue to pay disability income protection after a point at which the majority of workers are likely to have retired. To do

et n'était pas justifiée au regard de l'article premier de la Charte. Après la publication de l'arrêt *Talos*, l'APAC a changé de position pour finalement appuyer les arguments de M. Bentley.

B. La preuve soumise au T.C.D.P.

[9] Devant le T.C.D.P., l'APAC a présenté le témoignage de trois anciens pilotes : M. Bentley, Robert Lyon et Sandra Anderson. M. Bentley n'était pas invalide et n'a donc pas subi de préjudice financier en raison des dispositions. Robert Lyon a eu besoin de six mois pour se remettre d'une crise cardiaque après son 60^e anniversaire. Il a pris un congé sans solde après avoir épuisé ses jours de vacances et de maladie avant de retourner au travail. Sandra Anderson a dû subir une intervention chirurgicale majeure quatre mois après son 60^e anniversaire. Elle a pris sa retraite sept mois plus tard après avoir utilisé ses jours de maladie et de congé accumulés, de sorte qu'elle n'a pas eu à se passer de revenu.

[10] AC a également présenté un rapport d'expert préparé par Peter Gorham (le rapport Gorham). M. Gorham était qualifié d'expert [TRADUCTION] « possédant une expertise actuarielle dans la conception, la mise en œuvre, la gouvernance, l'établissement des coûts et le financement des régimes de retraite et des programmes d'avantages sociaux des employés ». Voici les deux conclusions clés de son rapport :

- A. Du point de vue de l'actuariat et de l'assurance (c.-à-d. la rentabilité), il est approprié de remplacer les indemnités pour perte de revenu par des prestations de retraite à un moment donné entre 61 et 65 ans;
- B. Le renvoi à l'âge ouvrant droit à pension s'explique par le fait qu'il est un moyen raisonnable adopté par divers employeurs en ce qui concerne les situations particulières au moment de la retraite.

[11] Pour en arriver à ces conclusions, M. Gorham a déclaré qu'il [TRADUCTION] « n'était pas judicieux sur le plan actuariel de continuer à verser la protection du revenu en cas d'invalidité après un moment où la majorité

so [would] over compensate more than half of the disabled workers.”

[12] He noted that to be actuarially sound there needed to be a point where income benefits ceased. However, there was no single correct age at which benefits should stop. Rather, there was a range of ages that could vary based on retirement patterns of Canadians, in general, and of the employer in particular. In his opinion, the use of pensionable age was an appropriate method of setting a point at which disability benefits could cease as it recognized differing employment situations such as those resulting from employees with unreduced early retirement benefits, who tended to retire at younger ages than those without unreduced early retirement pensions.

C. Decision under review

[13] The C.H.R.T. found that when the effects of L75.07 are taken into account, paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations create a distinction based on an analogous ground, meeting the first part of the subsection 15(1) test.

[14] However, the C.H.R.T. concluded that paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations did not disadvantage, prejudice, or stereotype the claimant group. The termination of disability benefits upon reaching pensionable age was set off with generous retirement benefits, and an unreduced pension. Given the high costs of maintaining disability insurance for older individuals, this compromise was reasonable. The C.H.R.T. did not accept ACPA's reliance on *Talos*. It distinguished *Talos*, which dealt with health, dental, and life insurance benefits rather than disability benefits and explicitly excluded long-term disability insurance and pension plans.

des travailleurs sont susceptibles d'avoir pris leur retraite. En agissant de la sorte, on indemniserait plus de la moitié des travailleurs invalides. »

[12] Il a fait remarquer que, pour que le régime soit pertinent sur le plan actuariel, il doit y avoir un moment où les indemnités pour perte de revenu cessent. Cependant, il n'existe pas d'âge précis auquel les prestations devraient cesser. Il a plutôt présenté un éventail d'âges qui pouvaient varier en fonction des habitudes de retraite des Canadiens, en général, et de l'employeur en particulier. À son avis, l'utilisation de l'âge ouvrant droit à pension est une méthode appropriée pour fixer un moment où les prestations d'invalidité pourraient prendre fin, car elle tient compte des situations d'emploi différentes, comme celles des employés qui touchent des prestations de retraite anticipée non réduites, lesquels ont tendance à prendre leur retraite à un plus jeune âge que ceux qui n'en bénéficient pas.

C. La décision faisant l'objet du présent contrôle judiciaire

[13] Le T.C.D.P. a conclu que, lorsque les effets de la disposition L75.07 sont pris en compte, les alinéas 3b) et 5b) du Règlement créent une distinction fondée sur un motif analogue, et que cela satisfait donc à la première étape de l'analyse fondée sur le paragraphe 15(1).

[14] Toutefois, le T.C.D.P. a conclu que les alinéas 3b) et 5b) du Règlement ne créent pas de désavantage, de préjudice ou de stéréotype pour le groupe de demandeurs. La cessation des prestations d'invalidité à l'âge ouvrant droit à pension a été compensée par des prestations de retraite généreuses et une pension non réduite. Compte tenu des coûts élevés du maintien de l'assurance-invalidité pour les personnes âgées, il s'agissait d'un compromis raisonnable. Le T.C.D.P. n'a pas souscrit au renvoi à l'affaire *Talos* par l'APAC. Il a jugé inapplicable cette affaire, qui traitait des prestations d'assurance maladie, d'assurance dentaire et d'assurance vie plutôt que des prestations d'invalidité, et qui excluait expressément les régimes d'assurance-invalidité de longue durée et de pension.

[15] As the C.H.R.T. concluded there was no violation of subsection 15(1) of the Charter, there was no section 1 analysis.

II. Issues and Standard of Review

[16] Pursuant to section 22 of the Act, the terms of an insurance plan do not violate the Act if the discriminatory basis of that insurance plan is permitted by the Regulations. Paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations contain two distinct exemptions: if the employee is at an age that is not less than 65; or if the employee is the “normal pensionable age under the pension plan”. These provisions read as follows:

3 The following provisions of a benefit plan do not constitute the basis for a complaint under Part III of the Act that an employer is engaging or has engaged in a discriminatory practice:

...

(b) in the case of any disability income insurance plan, provisions that result in an employee being excluded from participation in the plan because the employee has attained the age at which a member of the plan would not be eligible to receive benefits under the plan or has attained that age less the length of the waiting period following the commencement of a disability that must pass before benefits may become payable thereunder, **if that age is not less than 65 or the normal pensionable age under the pension plan of which the employee is a member, whichever occurs first;**

...

5 The following provisions of an insurance plan do not constitute the basis for a complaint under Part III of the Act that an employer is engaging or has engaged in a discriminatory practice:

...

(b) in the case of any disability income insurance plan, provisions that result in differentiation being made between employees because the benefits payable under the plan to an employee cease **when the employee has attained the age of not less than 65, or the normal pensionable age under the pension plan of which the employee is a member, whichever occurs first;** [Emphasis added.]

[15] Comme le T.C.D.P. a conclu qu’il n’y avait pas eu violation du paragraphe 15(1) de la Charte, il n’y a pas eu d’analyse fondée sur l’article premier.

II. Les questions en litige et norme de contrôle

[16] Selon l’article 22 de la Loi, les modalités d’un régime d’assurance ne contreviennent pas à la Loi si le fondement discriminatoire de ce régime d’assurance est permis par le Règlement. Les alinéas 3b) et 5b) du Règlement contiennent deux exemptions distinctes : si l’employé a au moins 65 ans; ou s’il a « l’âge normal ouvrant droit à la pension en vertu du régime de retraite ». Ces dispositions sont ainsi libellées :

3 Les dispositions suivantes d’un régime de prestations ne constituent pas des motifs raisonnables pour formuler, en vertu de la Partie III de la Loi, une plainte pour acte discriminatoire de la part de l’employeur :

[...]

b) dans le cas d’un régime d’assurance-revenu en cas d’invalidité, les dispositions qui en excluent un employé parce qu’il a atteint l’âge auquel les prestations cessent d’être payables aux membres du régime, ou a atteint cet âge même en tenant compte de la période d’attente entre le début de l’invalidité et la date où les prestations deviennent payables, lequel âge correspond à soixante-cinq ans ou à l’âge normal ouvrant droit à la pension en vertu du régime de retraite auquel participe l’employé, selon ce qui se présente le premier;

[...]

5 Les dispositions suivantes d’un régime d’assurance ne constituent pas des motifs raisonnables pour formuler, en vertu de la Partie III de la Loi, une plainte pour acte discriminatoire de la part de l’employeur :

[...]

b) dans le cas d’un régime d’assurance-revenu en cas d’invalidité, les dispositions qui établissent une distinction entre les employés parce qu’elles prévoient la cessation des prestations à l’âge de soixante-cinq ans ou à l’âge normal ouvrant droit à la pension en vertu du régime de retraite auquel participe l’employé, selon ce qui se présente le premier; [Je souligne.]

[17] The Applicant on this judicial review does not challenge the constitutional validity of the exemption from disability insurance plans for employees not less than 65. Nor is it challenging the appropriateness of the GDIP benefits. The sole substantive issue on this application is whether the exemption that employees at “normal pensionable age under the pension plan of which the employee is a member” (Impugned Provision) are cut-off from disability benefits is a violation of subsection 15(1) of the Charter and if so, whether it is saved by section 1 of the Charter.

[18] In addition, AC raises as a preliminary issue whether ACPA should be permitted to advance new arguments and evidence on judicial review that were not before the C.H.R.T., namely with respect to the latter, the introduction of various social science papers in its Book of Authorities (BOA).

[19] There is no standard of review for the preliminary issue.

[20] The standard of review for the substantive issue is correctness. The compatibility of paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations with the Charter is a constitutional question that falls within an exception to the presumption of reasonableness: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, at paragraphs 55–57.

[21] As noted by AC, when applying the correctness standard, the Court must remain alert to the structural limitations of a judicial review, which is concerned with the legality of the underlying decision (*Highwood Congregation of Jehovah’s Witnesses (Judicial Committee) v. Wall*, 2018 SCC 26, [2018] 1 S.C.R. 750, at paragraph 13) and determining whether reviewable errors were committed. As explained by the Federal Court of Appeal in *Bekker v. Canada*, 2004 FCA 186, [2004] 3 C.T.C. 183 (*Bekker*), at paragraph 11, the judicial review is not a *de novo* hearing:

[17] Dans le cadre du présent contrôle judiciaire, la demanderesse ne conteste pas la validité constitutionnelle de l’exemption des régimes d’assurance-invalidité pour les employés d’au moins 65 ans. Elle ne remet pas non plus en question la pertinence des prestations de la GCAI. La seule question de fond à trancher dans la présente demande est celle de savoir si l’exception prévoyant la cessation des prestations d’invalidité pour les employés ayant atteint « l’âge normal ouvrant droit à la pension en vertu du régime de retraite auquel participe l’employé » (la disposition contestée) constitue une violation du paragraphe 15(1) de la Charte et, dans l’affirmative, si cette exception se justifie au regard de l’article premier de la Charte.

[18] De plus, AC soulève, à titre préliminaire, la question de savoir si l’APAC devrait être autorisée à présenter, dans le cadre du contrôle judiciaire, de nouveaux arguments et éléments de preuve qui n’avaient pas été présentés au T.C.D.P., notamment en ce qui a trait à l’introduction en preuve de divers documents de sciences sociales dans son recueil de jurisprudence (RJ).

[19] Il n’y a pas de norme de contrôle pour la question préliminaire.

[20] La norme de contrôle pour la question de fond est la norme de la décision correcte. La compatibilité des alinéas 3b) et 5b) du Règlement avec la Charte est une question constitutionnelle qui relève d’une exception à la présomption d’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, aux paragraphes 55 à 57.

[21] Comme l’a fait remarquer AC, lorsqu’elle applique la norme de la décision correcte, la Cour doit demeurer consciente des limites structurelles d’un contrôle judiciaire, lequel vise la légalité de la décision sous-jacente (*Highwood Congregation of Jehovah’s Witnesses (Judicial Committee) c. Wall*, 2018 CSC 26, [2018] 1 R.C.S. 750, au paragraphe 13), et juger si des erreurs susceptibles de révision ont été commises. Comme l’a expliqué la Cour d’appel fédérale au paragraphe 11 de l’arrêt *Bekker c. Canada*, 2004 CAF 186 (*Bekker*), le contrôle judiciaire n’est pas une audience *de novo* :

Judicial review proceedings are limited in scope. They are not trial *de novo* proceedings whereby determination of new issues can be made on the basis of freshly adduced evidence. As Rothstein J.A. said in *Gitsan Treaty Society v. Hospital Employees Union*...“the essential purpose of judicial review is the review of decisions” and, I would add, to merely ascertain their legality....This is the reason why, barring exceptional circumstances such as bias or jurisdictional questions, which may not appear on the record, the reviewing Court is bound by and limited to the record that was before the judge or the Board. Fairness to the parties and the court or tribunal under review dictates such a limitation.[Footnotes and emphasis deleted.]

III. Analysis

A. *Should ACPA's new evidence and arguments be permitted?*

[22] AC asserts that arguments and evidence advanced by ACPA before this Court were not made before the C.H.R.T. and as such are improperly raised.

[23] As noted by AC and referenced earlier, in its initial submissions to the C.H.R.T., ACPA supported AC's position that the amendment to the Agreement was shielded by paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations and that these subsections did not violate the Charter. In doing so, they relied fully on the Gorham Report. However, after a request for further submissions from the C.H.R.T. Hearings Officer because of the O.H.R.T.'s decision in *Talos*, ACPA changed its position, asserting that paragraphs 3(b) and 5(b) were contrary to subsection 15(1) of the Charter. In these further submissions, ACPA made little independent argument, essentially adopting the O.H.R.T.'s analysis and asserting it applied equally to the matter before the C.H.R.T.

[24] Before the Court now, ACPA seeks to critique aspects of the Gorham Report in support of its argument that paragraphs 3(b) and 5(b) are unconstitutional.

Les demandes de contrôle judiciaire ont une portée limitée. Il ne s'agit pas de nouvelles instances au cours desquelles de nouvelles questions peuvent être tranchées sur la foi de nouveaux éléments de preuve. Comme l'a dit le juge Rothstein, de la Cour d'appel fédérale, dans *Gitsan Treaty Society c Hospital Employees' Union* [...] « le but premier du contrôle judiciaire est de contrôler des décisions » et, j'ajouterais, simplement d'en déterminer la légalité [...] C'est la raison pour laquelle, sauf dans des circonstances exceptionnelles comme l'existence de questions relatives à la partialité ou à la compétence, qui ne figurent pas nécessairement au dossier, la cour de révision est liée par le dossier dont le juge ou l'office était saisi et est limitée à ce dossier. Par souci d'équité pour les parties et pour le tribunal dont la décision est révisée, cette restriction est nécessaire. [Renvois omis.]

III. Analyse

A. *Les nouveaux éléments de preuve et arguments de l'APAC devraient-ils être admis?*

[22] AC affirme que le T.C.D.P. n'avait pas été saisi de certains arguments et éléments de preuve présentés par l'APAC devant la Cour et que, par conséquent, ils n'ont donc pas été présentés en bonne et due forme.

[23] Comme l'a fait remarquer AC, et ainsi qu'il a été mentionné précédemment, dans ses observations initiales au T.C.D.P., l'APAC a appuyé la position d'AC selon laquelle la modification de la Convention était protégée par les alinéas 3b) et 5b) du Règlement et que ces paragraphes n'enfreignaient pas la Charte. Ce faisant, elle s'est entièrement appuyée sur le rapport Gorham. Cependant, après une demande d'observations supplémentaires de la part de l'agent d'audience du T.C.D.P. à la suite de la décision du T.D.P.O. dans l'affaire *Talos*, l'APAC a changé sa position, affirmant que les alinéas 3b) et 5b) du Règlement étaient contraires au paragraphe 15(1) de la Charte. Dans ces observations supplémentaires, l'APAC a présenté bien peu d'arguments lui étant propres, adoptant essentiellement l'analyse du T.D.P.O. et affirmant qu'elle s'appliquait également à l'affaire dont le T.C.D.P. était saisi.

[24] Devant la Cour, l'APAC cherche maintenant à critiquer certains aspects du rapport Gorham à l'appui de son argument selon lequel les alinéas 3b) et 5b) sont inconstitutionnels.

[25] Further, AC asserts that ACPA raises a new argument at paragraph 33 of the Applicant's memorandum of fact and law that is broader than the issues before the C.H.R.T. In this paragraph, ACPA characterizes the issue as "whether the mere existence of a pension plan excuses the complete denial of disability benefits—no matter what benefits the pension plan's terms provide."

[26] AC argues that this paragraph is a recharacterization of the issues before the C.H.R.T. that widens the scope of the analysis beyond the GDIP and has denied the Respondent the opportunity to file relevant evidence on different pension plans and how they interact with paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations. AC similarly asserts that it has been denied the opportunity to address the difference between defined benefit plans and defined contribution plans, which would be relevant to this broader issue.

[27] ACPA argues that this is not a situation where a new issue is being raised before the Court that was not before the C.H.R.T. Rather, in this case, the subsection 15(1) issue was clearly before the C.H.R.T., and a decision on the issue was rendered by the C.H.R.T. Thus, the decision maker was provided with an opportunity to express an opinion on the Charter issue.

[28] I agree with AC that the issues as framed cannot be broader than the matters that were before the C.H.R.T.: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraph 26. However, I do not agree that ACPA is foreclosed from challenging the C.H.R.T.'s findings on subsection 15(1) or from advancing arguments that relate to those made by Mr. Bentley before the C.H.R.T. or that encompass what the C.H.R.T. would have considered as a result of the post-hearing submissions and its consideration of *Talos*.

[25] De plus, AC affirme que l'APAC soulève un nouvel argument au paragraphe 33 de son mémoire des faits et du droit qui est plus vaste que les questions dont le T.C.D.P. est saisi. Dans ce paragraphe, l'APAC décrit la question comme étant celle de savoir [TRADUCTION] « si la simple existence d'un régime de pension excuse le refus complet des prestations d'invalidité — peu importe les avantages prévus par les modalités du régime de pension ».

[26] AC soutient que ce paragraphe est une reformulation des questions dont le T.C.D.P. était saisi, mais dont la portée de l'analyse a été élargie au-delà de la GCAI, et qu'on ne lui a pas permis de déposer des éléments de preuve pertinents sur différents régimes de pension et sur la façon dont ils interagissent avec les alinéas 3b) et 5b) du Règlement. AC affirme également qu'on lui a refusé la possibilité de s'attaquer à la différence entre les régimes à prestations déterminées et les régimes à cotisations déterminées, ce qui serait pertinent dans le contexte de cette question plus vaste.

[27] L'APAC soutient qu'il ne s'agit pas d'une situation où une nouvelle question est soulevée devant la Cour alors qu'elle ne l'avait pas été devant le T.C.D.P. En l'espèce, la question relative au paragraphe 15(1) de la Charte a été clairement soumise au T.C.D.P., qui a rendu une décision à ce sujet. Ainsi, le décideur a eu l'occasion d'exprimer une opinion sur la question relative à la Charte.

[28] Je suis d'accord avec AC pour dire que les questions formulées ne peuvent être de portée plus vaste que celles dont le T.C.D.P. était saisi : *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, au paragraphe 26. Cependant, je ne souscris pas à l'affirmation selon laquelle l'APAC n'est pas autorisée à contester les conclusions du T.C.D.P. à l'égard du paragraphe 15(1) ou à présenter des arguments qui se rapportent à ceux présentés par M. Bentley devant le T.C.D.P. ou qui englobent ce que le T.C.D.P. aurait pris en considération à la suite des observations postérieures à l'audience et de son examen de l'affaire *Talos*.

[29] With respect to evidence, AC impugns ACPA's criticisms of the Gorham Report, the reliance on expert evidence from decisions such as *Talos*, and the introduction of social science articles in its BOA that were not introduced via expert testimony before the C.H.R.T.

[30] I agree with ACPA that the reliance and criticisms of the Gorham evidence is not new evidence. ACPA is not seeking to introduce competing evidence to the opinions given by Mr. Gorham. Rather, they are seeking to point to certain aspects of Mr. Gorham's evidence and are asking this Court to draw a different legal conclusion on that evidence than the one drawn by the C.H.R.T.

[31] Regarding the reliance on expert evidence from other decisions, such evidence cannot be taken as evidence of first instance and can only be viewed in context. This will be dealt with further, where necessary, when addressing the parties' specific arguments under the subsection 15(1) analysis.

[32] With respect to ACPA's reference to secondary source social science articles, ACPA asserts that it is not relying on these articles as evidence, but rather to put the existing evidence in context. ACPA argues that this is consistent with the approach taken in other cases; such as, *Stadler v. Director, St Bonifant/St Vital*, 2020 MBCA 46 (CanLII), 456 C.R.R. (2d) 297 (*Stadler*) and *Fraser v. Canada (Attorney General)*, 2020 SCC 28, [2020] 3 S.C.R. 113 (*Fraser*).

[33] AC asserts that ACPA is trying to introduce evidence that was not before the C.H.R.T. because ACPA did not dispute the Gorham Report before the C.H.R.T. AC takes issue with the secondary references found at items 35 to 45 of ACPA's BOA, with the exception of items 38 and 44, which it asserts relate to a government report and government newsletter, respectively.

[29] En ce qui concerne les éléments de preuve, AC conteste les critiques de l'APAC à l'égard du rapport Gorham, le fait qu'on se fie à la preuve d'expert tirée de décisions comme *Talos*, et l'introduction d'articles de sciences sociales dans son RJ qui n'avaient pas été présentés au moyen d'un témoignage d'expert devant le T.C.D.P.

[30] Je suis d'accord avec l'APAC pour dire le fait qu'on se soit fondé sur le rapport Gorham et les critiques formulées envers celui-ci ne constituent pas une nouvelle preuve. L'APAC ne cherche pas à présenter des éléments de preuve qui divergent des opinions exprimées par M. Gorham. Elle cherche plutôt à attirer l'attention sur certains aspects de la preuve produite par M. Gorham et demande à la Cour de tirer une conclusion juridique différente de celle tirée par le T.C.D.P. quant à cette preuve.

[31] En ce qui concerne le recours à la preuve d'expert provenant d'autres décisions, cette preuve ne peut être considérée comme une preuve directe et ne peut être examinée que dans son contexte. Cette question sera traitée plus en détail, au besoin, lorsque les parties présenteront des arguments précis dans le cadre de l'analyse fondée sur le paragraphe 15(1).

[32] En ce qui concerne la référence de l'APAC aux documents de sciences sociales provenant de sources secondaires, l'APAC affirme qu'elle ne s'appuie pas sur ces documents comme preuve, mais plutôt pour mettre en contexte les éléments de preuve existants. L'APAC soutient que cela est conforme à l'approche adoptée dans d'autres affaires, comme *Stadler v. Director, St Boniface/St Vital*, 2020 MBCA 46 (CanLII), 456 C.R.R. (2d) 297 (*Stadler*) et *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28, [2020] 3 R.C.S. 113 (*Fraser*).

[33] AC affirme que l'APAC tente de présenter des éléments de preuve qui n'ont pas été présentés au T.C.D.P. parce que l'APAC n'avait pas contesté le rapport Gorham devant ce tribunal. AC conteste les références secondaires figurant aux points 35 à 45 du RJ de l'APAC, à l'exception des points 38 et 44 qui, selon elle, se rapportent respectivement à un rapport du gouvernement et à une infolettre du gouvernement.

[34] It is well established that Charter cases cannot be determined in a factual vacuum: *Mackay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at page 361. As stated in *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at page 1101:

....In general, any *Charter* challenge based upon allegations of the unconstitutional effects of impugned legislation must be accompanied by admissible evidence of the alleged effects. In the absence of such evidence, the courts are left to proceed in a vacuum, which, in constitutional cases as in nature, has always been abhorred.

[35] As noted in *Bekker*, at paragraphs 12–14, the concerns that are relevant to a challenge under section 15 require a complex, multi-factored contextual inquiry by the reviewing court as to whether the impugned legislation not only creates differential treatment, but also if it is discriminatory in the constitutional sense. This may include social science and statistical data of which cross-examination may be necessary as well as the filing of evidence in rebuttal.

[36] Such analysis is shown in *Fraser* starting at paragraph 98, where the Court reviewed commission reports, judicial decisions and academic work in order to assess the assertions of the applicant that women had historically borne the overwhelming share of childcare responsibilities, that part-time workers in Canada were disproportionately women, and that they were far more likely than men to work part-time due to childcare responsibilities resulting in less stable employment and periods of “scaling back at work”. However, *Fraser* does not speak to the introduction of such evidence.

[37] While in *Stadler*, the Court referred to four articles, which it permitted an intervener, the Social Planning Council, to file when it was granted leave to intervene; in my view, this cannot be taken as authority

[34] Il est bien établi que les décisions relatives à la Charte ne doivent pas être rendues dans un vide factuel : *Mackay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, à la page 361. Comme la Cour suprême du Canada l’a mentionné dans l’arrêt *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, à la page 1101 :

... En général, toute contestation relative à la *Charte* fondée sur la prétention que les effets de la loi visée sont inconstitutionnels doit être appuyée par une preuve recevable concernant les effets contestés. En l’absence de telle preuve, les tribunaux auraient à se prononcer dans le vide », ce qui est tout aussi difficile en matière constitutionnelle que dans la nature.

[35] Comme il est indiqué aux paragraphes 12 à 14 de l’arrêt *Bekker*, les préoccupations pertinentes dans le cas des contestations fondées sur l’article 15 exigent une enquête contextuelle complète et fondée sur plusieurs facteurs de la part de la cour de révision pour savoir si le texte législatif attaqué crée non seulement une différence de traitement, mais également une distinction discriminatoire au sens constitutionnel. Cela peut comprendre des données relevant des sciences sociales et des statistiques; il se peut que des contre-interrogatoires soient aussi nécessaires, de même que la production de contre-preuve.

[36] Cette analyse est illustrée dans l’arrêt *Fraser* au paragraphe 98, où la Cour a examiné les rapports de commissions, des décisions judiciaires et des travaux universitaires afin d’évaluer les affirmations de la demanderesse selon lesquelles les femmes avaient historiquement assumé une part écrasante des responsabilités en matière de garde d’enfants, que les travailleurs à temps partiel au Canada étaient de façon disproportionnée des femmes, et qu’elles étaient beaucoup plus susceptibles que les hommes de travailler à temps partiel en raison de responsabilités liées à la garde d’enfants, ce qui se traduisait par un emploi moins stable et des périodes de « réduction du temps de travail ». Cependant, l’arrêt *Fraser* ne parle pas de l’introduction de tels éléments de preuve.

[37] Dans l’arrêt *Stadler*, la Cour a fait référence à quatre documents déposés par un intervenant, le Social Planning Council, après que ce dernier eut obtenu l’autorisation d’intervenir et qu’elle lui eut accordé la

for the proposition that parties are routinely permitted to file new evidence in the form of secondary articles at the Court level.

[38] It is trite law that absent a recognized exception, new evidence, even on constitutional issues, is not admissible on judicial review: *Landau v. Canada (Attorney General)*, 2022 FCA 12, 466 D.L.R. (4th) 550 (*Landau*), at paragraph 11; *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297 (*Access Copyright*), at paragraph 20; *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75 (*Forest Ethics*), at paragraphs 40–46.

[39] There is no dispute that the secondary articles sought to be introduced were not before the C.H.R.T. and none of this evidence falls within the exceptions enumerated in *Access Copyright* at paragraph 20. It does not constitute general background information, address procedural defects before the C.H.R.T., nor demonstrate that there was an absence of evidence underlying a finding of the C.H.R.T.

[40] The academic articles relied on by ACPA speak to negative stereotypes about older workers, ageism, and the security of employment in old age. This evidence goes to the merits of ACPA's subsection 15(1) argument. They relate to contested facts and are not articles to which judicial notice can be taken: *Khodeir v. Canada (Attorney General)*, 2022 FC 44, at paragraphs 21, 26 and 27.

[41] Further, rather than submit this evidence through an expert affidavit, ACPA has filed this evidence as part of its BOA. In *National R&D Inc. v. Canada*, 2022 FCA 72, [2022] 2 F.C.R. D-4, at paragraph 14, the Federal Court of Appeal commented on the impermissibility of

permission de déposer les documents en question. À mon avis, il ne faut pas considérer que cette situation vient appuyer la proposition selon laquelle les parties sont régulièrement autorisées à déposer de nouveaux éléments de preuve sous forme de documents secondaires devant un tribunal judiciaire.

[38] Il est bien établi en droit que, en l'absence d'une exception reconnue, les nouveaux éléments de preuve, même sur des questions constitutionnelles, ne sont pas admissibles en contrôle judiciaire : *Landau c. Canada (Procureur général)*, 2022 CAF 12 (*Landau*), au paragraphe 11; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22 (*Access Copyright*), au paragraphe 20; *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l'énergie)*, 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75 (*Forest Ethics*), aux paragraphes 40 à 46.

[39] Il ne fait aucun doute que les documents secondaires demandés n'ont pas été présentés au T.C.D.P. et qu'aucun de ces éléments de preuve ne relève des exceptions énumérées dans l'arrêt *Access Copyright* au paragraphe 20. Ils ne constituent pas de l'information générale, ne traitent pas des vices de procédure devant le T.C.D.P. et ne démontrent pas que le T.C.D.P. a tiré l'une ou l'autre de ses conclusions sans éléments de preuve sous-jacents.

[40] Les documents rédigés par des universitaires sur lesquels se fonde l'APAC traitent des stéréotypes négatifs concernant les travailleurs âgés, de l'âgeisme et de la sécurité d'emploi chez les personnes âgées. Cette preuve va dans le sens de l'argument de l'APAC fondé sur le paragraphe 15(1) de la Charte. Ces documents portent sur des faits contestés et ne sont pas des documents dont la Cour peut prendre connaissance d'office : *Khodeir c. Canada (Procureur général)*, 2022 CF 44, aux paragraphes 21, 26 et 27.

[41] De plus, plutôt que de présenter cette preuve au moyen d'un affidavit d'expert, l'APAC a déposé cette preuve dans le cadre de sa RJ. Dans l'arrêt *National R&D Inc. c. Canada*, 2022 CAF 72, [2022] 2 R.C.F. F-5, au paragraphe 14, la Cour d'appel fédérale a commenté

this type of practice (see also *Landau*, at paragraph 12 and *Forest Ethics Advocacy Association v. National Energy Board*, 2014 FCA 88, at paragraphs 12–14):

... In support, the appellant relies on an article contained in the book of authorities. This, in my view, is an impermissible attempt to establish, through the back door, a fact that should be a matter of evidence at trial. If there is a critical distinction in the methodology used in the applied as opposed to natural sciences, then the appellant is required to establish that fact in evidence (*Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1999] 3 S.C.R. 845, 180 D.L.R. (4th) 670). What is written in an academic journal cannot be taken on faith. Matters of social, applied and natural sciences must be adduced through experts, and who must be made available for cross-examination, as it is through cross-examination that the credibility of the expert and the reliability of the evidence is tested (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Ishaq*, 2015 FCA 151, [2016] 1 F.C.R. 686 at para. 21).

[42] By proceeding in this manner, ACPA has effectively insulated the evidence from cross-examination and rendered it impossible for this Court to determine its reliability: *Forest Ethics*, at paragraph 42. Additionally, in some instances the reference is only to an excerpt of the article such that the full context of the article is not even present. I agree with AC, these secondary articles cannot be admitted.

B. *Is the Impugned Provision contrary to subsection 15(1) of the Charter*

[43] Subsection 15(1) of the Charter provides that:

Equality before and under law and equal protection and benefit of law

15 (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

l'interdiction de ce type de pratique (voir aussi *Landau*, au paragraphe 12, et *Forest Ethics Advocacy Association c. Office national de l'énergie*, 2014 CAF 88, aux paragraphes 12 à 14) :

... À l'appui de cette affirmation, l'appelante invoque un article inclus dans le cahier des lois, règlements, jurisprudence et doctrine. J'estime qu'il s'agit d'une tentative inadmissible d'établir, par des moyens détournés, un fait qui devrait constituer une question de preuve à débattre au procès. S'il existe une différence cruciale entre la méthode des sciences appliquées et celle des sciences naturelles, l'appelante doit démontrer ce fait par des preuves (*Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1999] 3 R.C.S. 845, 1999 CanLII 640). On ne peut accepter aveuglément le contenu d'une revue spécialisée. Les questions relatives aux sciences sociales, appliquées ou naturelles doivent être présentées par l'entremise d'experts, et ceux-ci doivent être disponibles pour pouvoir être contre-interrogés, car c'est lors du contre-interrogatoire que la cour peut vérifier la fiabilité des éléments de preuve (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Ishaq*, 2015 CAF 151, [2016] 1 R.C.F. 686, par. 21).

[42] En procédant de cette façon, l'APAC a efficacement isolé la preuve du contre-interrogatoire et a rendu impossible pour la Cour d'en déterminer la fiabilité : *Forest Ethics*, au paragraphe 42. De plus, dans certains cas, la référence n'est qu'un extrait du document, de sorte qu'il manque l'ensemble du contexte de l'article. Je conviens avec AC que ces documents secondaires ne peuvent pas être admis.

B. *La disposition contestée est-elle contraire au paragraphe 15(1) de la Charte?*

[43] Le paragraphe 15(1) de la Charte est libellé ainsi :

Égalité devant la loi, égalité de bénéfice et protection égale de la loi

15 (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

[44] As set out in *Fraser*, at paragraph 42, “substantive equality is the ‘animating norm’ of the s. 15 framework ... substantive equality requires attention to the ‘full context of the claimant group’s situation’, to the ‘actual impact of the law on that situation’, and to the ‘persistent systemic disadvantages [that] have operated to limit the opportunities available’ to that group’s members”.

[45] When assessing a claim under subsection 15(1) of the Charter, the Court asks two questions (*Centrale des syndicats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522, at paragraph 22; *Fraser*, at paragraph 27): (1) Does the impugned provision, on its face or in its impact, create a distinction based on an enumerated or analogous ground; and, if so, (2) Does it impose burdens or deny a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating disadvantage, including a “historical” disadvantage?

(1) *Does the Impugned Provision draw a distinction based on age?*

[46] As summarized in *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464, at paragraph 26, the purpose of the first part of the subsection 15(1) analysis is to ensure that subsection 15(1) is accessible to those whom it was designed to protect, and exclude claims that have nothing to do with substantive equality because they are not based on enumerated or analogous grounds that are constant markers of potential discrimination. It does not require consideration of discriminatory impact, but focusses on the grounds of distinction.

[47] In order for a provision to create a distinction based on a prohibited ground through its effects, it must have a disproportionate impact on members of a protected group: *Fraser*, at paragraph 52.

[44] Comme il est énoncé dans l’arrêt *Fraser* au paragraphe 42, « l’égalité réelle est la “norme fondamentale” du cadre établi à l’égard de l’art. 15 [...] et que l’égalité réelle exige que l’on porte attention à “tous les éléments contextuels de la situation du groupe de demandeurs”, à “l’effet réel de la mesure législative sur leur situation” et aux “désavantages systémiques persistants [qui] ont eu pour effet de restreindre les possibilités offertes” aux membres du groupe ».

[45] Lorsqu’elle évalue une demande fondée sur le paragraphe 15(1) de la Charte, la Cour pose deux questions (*Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522, au paragraphe 22; *Fraser*, au paragraphe 27) : 1) à première vue ou de par son effet, la disposition contestée établit-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et, dans l’affirmative, 2) impose-t-elle un fardeau ou nie-t-elle un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accentuer le désavantage, y compris le désavantage « historique » subi?

1) *La disposition contestée établit-elle une distinction fondée sur l’âge?*

[46] Comme il est résumé dans *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464, au paragraphe 26, l’objet de la première étape de l’analyse fondée sur le paragraphe 15(1) est de faire en sorte que les personnes censées être protégées par cette disposition puissent s’en réclamer, et d’exclure les demandes qui n’ont rien à voir avec l’égalité réelle, du fait qu’elles ne sont pas fondées sur des motifs énumérés ou analogues qui sont des indicateurs permanents de discrimination potentielle. L’analyse effectuée au titre de cette étape ne doit pas obligatoirement prendre en compte les répercussions discriminatoires; elle met plutôt l’accent sur les motifs de distinction.

[47] Pour qu’une disposition crée par son effet une distinction fondée sur des motifs illicites, elle doit avoir un effet disproportionné sur les membres d’un groupe protégé : *Fraser*, au paragraphe 52.

[48] ACPA asserts that the first stage of the subsection 15(1) test is easily met in this case. It argues that, on its face, the Impugned Provision creates a distinction based on age—i.e., whether an employee has met the “normal pensionable age under the pension plan”. It argues that this distinction is based on membership in an enumerated group—in this case, older workers.

[49] AC emphasizes the contextual nature of the subsection 15(1) analysis and its focus on substantive rather than formal equality. It asserts that the distinction created by the Impugned Provision is not based on an enumerated or analogous ground. The Impugned Provision refers to the “normal pensionable age”, which may be determined by a given period of service, rather than age. It argues that an employee’s period of service is not an immutable characteristic that has the character of an enumerated or analogous ground.

[50] An analogous ground is one based on a personal characteristic that is immutable or changeable only at unacceptable cost to personal identity: *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 12 (*Withler*), at paragraph 33. AC asserts that an employee’s period of employment or years of service is not a personal characteristic that falls under this definition.

[51] AC argues that in order to satisfy the first part of the subsection 15(1) test, the Applicant was required to adduce evidence to establish that there is a disproportionate impact on the members of the asserted group that includes evidence about the situation of the claimant group and evidence about the results of the law. It refers to the comments of the Federal Court of Appeal in *Weatherley v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 158, [2021] 3 F.C.R. D-21 (*Weatherley*), at paragraph 39, which refers to the Court in *Fraser*:

In *Fraser*, as a general matter, the majority of the Supreme Court instructs us that “[t]wo types of evidence” are “especially helpful in proving that a law has a disproportionate impact on members of a protected group”:

[48] L’APAC affirme que, en l’espèce, la première étape du critère fondé sur le paragraphe 15(1) est facilement satisfaite. Elle soutient que, à première vue, la disposition contestée crée une distinction fondée sur l’âge, c’est-à-dire si un employé a atteint l’« âge normal ouvrant droit à la pension en vertu du régime de retraite ». Elle soutient que cette distinction est fondée sur l’appartenance à un groupe visé par un motif énuméré — en l’occurrence, les travailleurs âgés.

[49] AC souligne la nature contextuelle de l’analyse fondée sur le paragraphe 15(1) et son accent sur l’égalité réelle plutôt que formelle. Elle affirme que la distinction créée par la disposition contestée n’est pas fondée sur un motif énuméré ou analogue. La disposition contestée fait référence à l’« âge normal ouvrant droit à la pension », qui peut être déterminé par une période de service donnée, plutôt que par l’âge. Elle soutient que la période de service d’un employé n’est pas une caractéristique immuable qui a le caractère d’un motif énuméré ou analogue.

[50] Un motif analogue est une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l’identité personnelle : *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 12 [*Whithler*], au paragraphe 33. AC affirme que la période d’emploi ou les années de service d’un employé ne constituent pas une caractéristique personnelle visée par cette définition.

[51] AC fait valoir que pour satisfaire à la première étape du critère fondé sur le paragraphe 15(1), le demandeur devait présenter des éléments de preuve pour établir qu’il y a un effet disproportionné sur les membres du groupe allégué, notamment des éléments de preuve sur la situation du groupe de demandeurs et des éléments de preuve sur les conséquences de la loi. Elle renvoie aux commentaires de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Weatherley c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 158, [2021] 3 R.C.F. F-22 (*Weatherley*), au paragraphe 39, qui renvoie à la Cour dans l’arrêt *Fraser* :

Dans l’arrêt *Fraser*, de façon générale, les juges majoritaires de la Cour suprême nous enseignent que « [d]eux types d’éléments de preuve sont particulièrement utiles pour prouver qu’une loi a un effet disproportionné

first, “evidence about the situation of the claimant group” and, second, “evidence about the results of the law” (at para. 56) or the “results of a system” (at para. 58). On the second type of evidence, what must be shown is “a disparate pattern of exclusion or harm” from the law “that is statistically significant and not simply the result of chance” (at para. 59). Inherent in this is a requirement to lead some evidence that the law being challenged causes or at least contributes to the impact. In other words, there should be “evidence...about the results produced by the challenged law” (at para. 60). Both types of evidence are not always required and evidentiary standards should not be applied too rigorously: *Fraser* at paras. 61 and 67. But claimants still have to lead some evidence to support their claim.

[52] AC asserts that ACPA cannot succeed on the first part of the test because it has led no evidence and has not demonstrated that the Impugned Provision creates a disproportionate impact on members of a protected group.

[53] Section 2 of the Regulations defines “normal pensionable age” as:

2 (1) ...

...

normal pensionable age under a pension plan, means the earliest date specified in the plan on which an employee can retire from his employment and receive all the benefits provided by the plan to which he would otherwise be entitled under the terms of the plan, without adjustment by reason of early retirement, whether such date is the day on which the employee has attained a given age or on which the employee has completed a given period of employment; (*âge normal ouvrant droit à la pension*)

[54] I agree with AC that the length of an employee’s service on its own is not an immutable personal characteristic as it does not describe what a person is, but rather, what a person is doing or has done: *Charles v. Canada (Attorney General)* (1996), 134 D.L.R. (4th) 742 (Ont. Sup. Ct.) (*Charles*), at paragraph 45.

[55] However, unlike in *Charles* where the alleged disparate impact was solely based on years of service

sur des membres d’un groupe protégé. Le premier porte sur la situation du groupe de demandeurs. Le deuxième porte sur les conséquences de la loi » (par. 56) ou les « conséquences [...] des systèmes » (par. 58). Quant au deuxième type, il faut établir l’existence d’« un comportement distinct d’exclusion ou de préjudice statistiquement important et qui n’est pas simplement le résultat de la chance » (par. 59). Il en découle l’obligation de démontrer que la loi contestée cause les effets préjudiciables ou du moins y contribue. En d’autres termes, il doit y avoir « des éléments de preuve [...] sur les effets de la loi contestée » (par. 60). Les deux types d’éléments de preuve ne sont pas toujours requis, et les normes de preuve ne doivent pas être appliquées de manière trop rigoureuse (par. 61 et 67). Les demandeurs doivent toutefois présenter un tant soit peu d’éléments de preuve à l’appui de leur thèse.

[52] AC affirme que l’APAC ne peut satisfaire à la première étape du critère, parce qu’elle n’a présenté aucune preuve et n’a pas démontré que la disposition contestée a un effet disproportionné sur les membres d’un groupe protégé.

[53] L’article 2 du Règlement définit l’expression « âge normal ouvrant droit à la pension » ainsi :

2 (1) [...]

[...]

âge normal ouvrant droit à la pension, dans le cadre d’un régime de retraite, désigne la première date spécifiée à laquelle un employé peut prendre sa retraite et toucher les prestations auxquelles il aurait normalement droit en vertu du régime, sans rajustement à cause d’une retraite anticipée, que cette date soit celle d’un anniversaire de naissance ou le dernier jour d’une période d’emploi; (*normal pensionable age*)

[54] Je suis d’accord avec AC pour dire que la durée du service d’un employé à elle seule n’est pas une caractéristique personnelle immuable, car elle ne décrit pas ce qu’est une personne, mais plutôt ce qu’une personne fait ou a fait : *Charles v. Canada (Attorney General)* (1996), 134 D.L.R. (4th) 742 (C.S. Ont.) (*Charles*), au paragraphe 45.

[55] Cependant, contrairement à la décision *Charles*, où l’effet disparate allégué était fondé uniquement sur les

(*Charles*, at paragraphs 42–46), in this case, the definition of “normal pensionable age” includes pensions that start paying benefits at a specific age, creating a distinction on age, although the age is not specifically identified, as well as those where the employee has completed a given period of employment.

[56] As a matter of common sense, employees who are most likely to be impacted by pension eligibility determined by a set period of service are older employees given the length of service required to obtain that eligibility.

[57] While limited evidence was advanced regarding the length of service generally required by these plans or the age at which employees in those positions begin working to determine their age of pension eligibility, given the logical connection between length of service and age, in my view it can be concluded that the Impugned Provision both directly and indirectly creates a distinction on the basis of age. Further, for this part of the test and without opining on merits, I accept ACPA's reliance on the facts relating to Sandra Anderson and Robert Lyon as proposed evidence as to the results of the law.

(2) *Does the Impugned Provision violate the substantial guarantee of equality?*

[58] The parties acknowledge that there has been a development in the law since their memoranda were filed. Specifically, they note that the Supreme Court's decision in *Fraser* altered the second stage of the section 15 analysis in subtle ways. As set out at paragraphs 76–81 of *Fraser*:

This brings us to the second step of the s. 15 test: whether the law has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating disadvantage (*Alliance*, at para. 25). This inquiry will usually proceed similarly in cases of disparate impact and explicit discrimination. There is no “rigid template” of factors relevant to this inquiry (*Quebec v. A*, at para. 331, quoting *Withler*, at para. 66). The goal is to examine the impact of the harm caused to the affected group. The harm may include “[e]conomic exclusion

années de service (*Charles*, aux paragraphes 42 à 46), en l'espèce, la définition d'« âge normal ouvrant droit à la pension » comprend les pensions dont le versement des prestations commence à un âge précis, créant ainsi une distinction selon l'âge, bien que l'âge ne soit pas précisé, ainsi que celles où l'employé a atteint une période d'emploi donnée.

[56] En toute logique, les employés qui sont le plus susceptibles d'être touchés par l'admissibilité à la pension déterminée par une période de service donnée sont les employés plus âgés, compte tenu de la durée de service requise pour devenir admissible.

[57] Bien que peu d'éléments de preuve aient été présentés concernant la durée de service généralement requise par ces régimes ou l'âge auquel les employés qui occupent ces postes commencent à travailler pour déterminer leur âge d'admissibilité à la pension, compte tenu du lien logique entre la durée du service et l'âge, à mon avis, on peut conclure que la disposition contestée crée directement et indirectement une distinction fondée sur l'âge. De plus, pour cette étape de l'analyse et sans me prononcer sur le fond, j'accepte que l'APAC s'appuie sur les faits relatifs à Sandra Anderson et à Robert Lyon comme preuve proposée quant aux conséquences de la loi.

2) *La disposition contestée viole-t-elle la garantie réelle de l'égalité?*

[58] Les parties reconnaissent que le droit a évolué depuis le dépôt de leur mémoire. Plus précisément, elles soulignent que l'arrêt *Fraser* de la Cour suprême du Canada a modifié de façon subtile la deuxième étape de l'analyse fondée sur l'article 15. Aux paragraphes 76 à 81 de l'arrêt *Fraser* :

Cela nous amène à la deuxième étape de l'analyse relative à l'art. 15 : la question de savoir si la loi a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer un désavantage (*Alliance*, par. 25). Cet examen se déroule habituellement de la même façon dans les cas d'effet distinct et de discrimination explicite. Il n'existe pas de « modèle rigide » de facteurs pertinents à prendre en considération dans cette analyse (*Québec c. A*, par. 331, citant *Withler*, par. 66). L'objectif est d'examiner l'effet du préjudice causé au

or disadvantage, [s]ocial exclusion ... [p]sychological harms ... [p]hysical harms ... [or] [p]olitical exclusion”, and must be viewed in light of any systemic or historical disadvantages faced by the claimant group (Sheppard (2010), at pp. 62-63 (emphasis deleted)).

The purpose of the inquiry is to keep s. 15(1) focussed on the protection of groups that have experienced exclusionary disadvantage based on group characteristics, as well as the protection of those “who are members of more than one socially disadvantaged group in society” (Colleen Sheppard, “Grounds of Discrimination: Towards an Inclusive and Contextual Approach” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 893, at p. 896; see also *Withler*, at para. 58). As the Court noted in *Quebec v. A* when discussing the second stage of the s. 15 test:

The root of s. 15 is our awareness that certain groups have been historically discriminated against, and that the perpetuation of such discrimination should be curtailed. [para. 332]

(See also *Taypotat*, at para. 20.)

Notably, the presence of social prejudices or stereotyping are not necessary factors in the s. 15(1) inquiry. They may assist in showing that a law has negative effects on a particular group, but they “are neither separate elements of the *Andrews* test, nor categories into which a claim of discrimination must fit” (*Quebec v. A*, at para. 329), since

[w]e must be careful not to treat *Kapp* and *Withler* as establishing an additional requirement on s. 15 claimants to prove that a distinction will perpetuate prejudicial or stereotypical attitudes towards them. Such an approach improperly focuses attention on whether a discriminatory *attitude* exists, not a discriminatory impact, contrary to *Andrews*, *Kapp* and *Withler*. [Emphasis in original; para. 327.]

(See also paras. 329-31.)

The perpetuation of disadvantage, moreover, does not become less serious under s. 15(1) simply because it was *relevant* to a legitimate state objective. I agree with Dean

groupe touché. Le préjudice peut inclure [TRADUCTION] « une exclusion ou un désavantage économique, une exclusion sociale [...] des préjudices psychologiques [...] des préjudices physiques [...], [ou] une exclusion politique », et il doit être examiné à la lumière des désavantages systémiques ou historiques auxquels fait face le groupe de demandeurs (Sheppard (2010), p. 62-63 (soulinement omis)).

Le but de l’examen est de faire en sorte que le par. 15(1) reste axé sur la protection des groupes qui sont défavorisés et exclus en raison de leurs caractéristiques, de même que sur la protection des personnes [TRADUCTION] « qui appartiennent à plus d’un groupe socialement défavorisé dans la société » (Colleen Sheppard, « Grounds of Discrimination : Towards an Inclusive and Contextual Approach » (2001), 80 *Rev. du B. can.* 893, p. 896; voir aussi *Withler*, par. 58). Comme la Cour l’a précisé dans *Québec c. A* au moment d’aborder la deuxième étape de l’analyse relative à l’art. 15 :

À la base, l’art. 15 résulte d’une prise de conscience que certains groupes ont depuis longtemps été victimes de discrimination, et qu’il faut mettre fin à la perpétuation de cette discrimination [par. 332].

(Voir aussi *Taypotat*, par. 20.)

En particulier, la présence de préjugés et l’application de stéréotypes sociaux ne sont pas nécessairement des facteurs à prendre en compte dans l’analyse relative au par. 15(1). Ceux-ci peuvent aider à démontrer qu’une loi a des effets négatifs sur un groupe particulier, mais ils ne sont « ni des éléments particuliers du critère établi dans l’arrêt *Andrews*, ni des catégories auxquelles doit se rattacher la plainte de discrimination » (*Québec c. A*, au para. 329), car

[i]l faut se garder de considérer que les arrêts *Kapp* et *Withler* ont pour effet d’imposer aux demandeurs invoquant l’art. 15 l’obligation additionnelle de prouver qu’une distinction perpétue une attitude imbue de préjugés ou de stéréotypes à leur endroit. Une telle démarche s’attache à tort à la question de savoir s’il existe une *attitude*, plutôt qu’un effet, discriminatoire, contrairement aux enseignements des arrêts *Andrews*, *Kapp* et *Withler*. [En italique dans l’original; par. 327.]

(Voir aussi par. 329-331.)

Qui plus est, la perpétuation du désavantage ne devient pas moins grave au regard du par. 15(1) simplement parce qu’elle était *pertinente* à l’égard d’un objectif légitime de

Mayo Moran that adding relevance to the s. 15(1) test — even as one contextual factor among others — risks reducing the inquiry to a search for a “rational basis” for the impugned law The test for a *prima facie* breach of s. 15(1) is concerned with the discriminatory impact of legislation on disadvantaged groups, not with whether the distinction is justified, an inquiry properly left to s. 1

Similarly, there is no burden on a claimant to prove that the distinction is arbitrary to prove a *prima facie* breach of s. 15(1). It is for the government to demonstrate that the law is *not* arbitrary in its justificatory submissions under s. 1

In sum, then, the first stage of the s. 15 test is about establishing that the law imposes differential treatment based on protected grounds, either explicitly or through adverse impact. At the second stage, the Court asks whether it has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating disadvantage (*Alliance*, at para. 25).

[59] ACPA contends that *Fraser* emphasizes the heavy importance on the discriminatory impact of the provision in question, by asking whether the impugned provision “has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating disadvantage” (at paragraph 81). ACPA asserts that the allocation of resources and goal of the legislation discussed at paragraph 68 of the Decision and paragraph 71 of *Withler* are accordingly no longer relevant. It argues that arbitrariness is no longer necessary to the section 15 analysis, but is instead relevant to section 1.

[60] AC concedes that *Fraser* refined aspects of the analysis under this part of the test; however, it refers to *R. v. C.P.*, 2021 SCC 19, [2021] 1 S.C.R. 679 (*CP*), decided after *Fraser*, at paragraph 145, which continues to refer to the contextual approach mandated in *Withler* as establishing the framework for the analysis:

In other words, it is the actual impact of the provision in its full context that should govern the analysis, and

l'État. Je suis d'accord avec la doyenne Mayo Moran sur le fait que l'ajout d'un critère de pertinence à l'analyse relative au par. 15(1) — même en tant que facteur contextuel parmi d'autres — risque de réduire l'examen à une simple recherche du [TRADUCTION] « fondement rationnel » de la loi contestée [...] Le critère à appliquer pour déterminer s'il y a violation à première vue du par. 15(1) concerne l'effet discriminatoire de la loi sur les groupes défavorisés et non la question de savoir si la distinction est justifiée, un examen qu'il convient d'effectuer au regard de l'article premier. ...

De même, un demandeur n'est pas tenu de prouver que la distinction est arbitraire pour démontrer une violation à première vue du par. 15(1). C'est au gouvernement qu'il incombe de démontrer que la loi *n'est pas* arbitraire dans les observations qu'il présente pour justifier l'atteinte au regard de l'article premier

En résumé, donc, la première étape de l'analyse relative à l'art. 15 vise à établir que la loi impose un traitement différent sur la base de motifs protégés, soit explicitement soit par un effet préjudiciable. À la deuxième étape, la Cour doit se demander si la loi a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accroître un désavantage (*Alliance*, par. 25).

[59] L'APAC soutient que l'arrêt *Fraser* insiste sur la grande importance de l'effet discriminatoire de la disposition en question, en demandant si la disposition contestée « a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accroître un désavantage » (voir au paragraphe 81). L'APAC affirme que l'affectation des ressources et l'objectif de la législation dont il est question au paragraphe 68 de la décision ainsi qu'au paragraphe 71 de l'arrêt *Withler* ne sont donc plus pertinents. Elle soutient que l'arbitraire n'est plus un aspect nécessaire lors de l'analyse relative à l'article 15, mais qu'il est plutôt pertinent en ce qui a trait à l'article premier.

[60] AC reconnaît que l'arrêt *Fraser* a peaufiné les aspects de l'analyse dans cette étape du critère; toutefois, elle fait référence au paragraphe 145 de l'arrêt *R. c. C.P.*, 2021 CSC 19, [2021] 1 R.C.S. 679 (*CP*), rendu après *Fraser*, dans lequel l'approche contextuelle prescrite dans l'arrêt *Withler* y est toujours désignée comme celle établissant le cadre de l'analyse :

Autrement dit, c'est l'effet réel de la disposition à la lumière de tout son contexte qui devrait régir l'analyse et

s. 37(10) should not be divorced from its entire legislative context. An approach requiring line-by-line parity with the *Criminal Code* without reference to the distinct nature of the underlying scheme of the *YCJA* would indeed be contrary to the contextual approach mandated in *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396, at paras. 73, 76 and 79. The analysis instead requires a “contextual understanding of a claimant’s place within a legislative scheme and society at large”; the court must ask “whether the lines drawn are generally appropriate, having regard to the circumstances of the persons impacted and the objects of the scheme” (paras. 65 and 67). Understanding the distinct legislative scheme underlying s. 37(10) is crucial to the assessment of the *actual* impact of the law on young persons (see P. J. Monahan, B. Shaw and P. Ryan, *Constitutional Law* (5th ed. 2017), at p. 469).

[61] AC asserts, and I agree, a contextual analysis remains part of the Court’s approach to substantive equality, requiring a balancing of the interests at play. As stated by the Supreme Court at paragraph 153 of *CP*:

.... The inquiry under s. 15(1) of the *Charter* into the perpetuation of a disadvantage requires attention to “the full context of the claimant group’s situation” and to “the actual impact of the law on that situation” (*Withler*, at para. 43; see also *Taypotat*, at para. 17). The result of this contextual inquiry may in turn be to reveal that differential treatment is discriminatory because it perpetuates disadvantage, that it is neutral, or “that differential treatment is required in order to ameliorate the actual situation of the claimant group” (*Withler*, at para. 39). This Court must, therefore, in assessing the actual impact of a leave requirement, have regard to the full context of the situation of young persons, which, I find, includes the fact that a structurally prolonged appellate review can be more prejudicial to them.

[62] In my view, the purpose of the impugned provision in the context of the broader scheme is still a meaningful consideration, along with whether lines drawn are generally appropriate having regard to the circumstances of the groups impacted and the objects of the scheme: *Withler*, at paragraph 71. Perfect correspondence between a benefit program and the actual needs and circumstances of the claimant group is not required. Allocation of resources and particular policy goals may also be considered: *Withler*, at paragraph 67. Contrary

le par. 37(10) ne devrait pas être dissocié de son contexte législatif global. Une approche qui exigerait une parité absolue avec le *Code criminel* sans tenir compte de la nature distincte du régime qui sous-tend la *LSJPA* serait en fait contraire à l’approche contextuelle dictée dans l’arrêt *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 73, 76 et 79. L’analyse requiert plutôt une « compréhension contextuelle de la situation du demandeur dans le cadre d’un régime législatif et dans la société en général »; le tribunal doit s’interroger « sur l’opportunité générale de[s] [...] limites [établies], compte tenu de la situation des personnes touchées et des objets du régime » (par. 65 et 67). Une compréhension du régime législatif distinct qui sous-tend le par. 37(10) est cruciale pour pouvoir évaluer l’effet *réel* de la loi sur les adolescents (voir P. J. Monahan, B. Shaw et P. Ryan, *Constitutional Law* (5^e éd. 2017), p. 469).

[61] AC affirme qu’une analyse contextuelle fait toujours partie de l’approche de la Cour à l’égard de l’égalité réelle, ce qui nécessite un équilibre des intérêts en jeu. Je souscris à son affirmation. Comme l’a déclaré la Cour suprême au paragraphe 153 de l’arrêt *CP* :

... L’analyse fondée sur le par. 15(1) de la *Charte* en ce qui a trait à la perpétuation d’un désavantage exige que l’on porte attention à « tous les éléments contextuels de la situation du groupe de demandeurs » et à « l’effet réel de la mesure législative sur leur situation » (*Withler*, par. 43; voir aussi *Taypotat*, par. 17). Cette analyse contextuelle peut pour sa part révéler qu’un traitement différent est discriminatoire parce qu’il perpétue un désavantage, qu’il est neutre ou qu’il est « nécessaire pour améliorer la situation véritable du groupe de demandeurs » (*Withler*, par. 39). Dans l’appréciation de l’effet réel de l’obligation d’obtenir une autorisation, notre Cour doit donc prendre en compte tous les éléments contextuels de la situation des adolescents, ce qui comprend, à mon sens, le fait qu’un contrôle en appel structurellement prolongé peut leur être plus préjudiciable.

[62] À mon avis, l’objet de la disposition contestée dans le contexte de l’ensemble du régime de retraite demeure une considération pertinente, tout comme la pertinence générale des limites établies au regard de la situation des groupes touchés et des objets du régime : *Withler*, au paragraphe 71. Il n’est pas nécessaire que le programme de prestations corresponde parfaitement à la situation et aux besoins véritables du groupe de demandeurs. L’affectation des ressources et les objectifs stratégiques particuliers peuvent aussi être pris en

to the assertions of ACPA, I do read *Fraser* as changing this aspect of the law, particularly in view of the statements made in *CP*.

[63] In this case, paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations create a distinction when a claimant reaches “normal pensionable age”. The issue is whether this draws a discriminatory distinction by denying a benefit in a manner that reinforces, perpetuates or exacerbates disadvantage as an employee gets older and reaches pensionable age.

[64] As acknowledged in *CP* at paragraph 142, “[i]n this respect, it should also be borne in mind that age-based distinctions are generally a ‘common and necessary way of ordering our society’ and are ‘not strongly associated with discrimination and arbitrary denial of privilege’ (*Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429, at para. 31)”.

[65] AC asserts that when one does a contextual analysis it arrives at the same analysis set out in *Weatherley*; that disability plans act as a form of insurance for workers where termination of compensation is necessary at some point.

[66] As noted in *Weatherley* at paragraphs 24–29, an infringement of subsection 15(1) of the Charter cannot be deduced simply from the fact that legislation leaves a group, even a vulnerable group, outside a benefits scheme:

In *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429 at para. 55, the Supreme Court held that courts cannot insist on “[p]erfect correspondence between a benefit program and the actual needs and circumstances of [an] applicant group.” While exclusion from participation in benefits programs “attracts sympathy”, the “inability of a given social program to meet the needs of each and every individual does not permit us to conclude that the program failed to correspond to the actual needs and circumstances of the affected group” (at para. 55).

compte : *Withler*, au paragraphe 67. Contrairement aux affirmations de l’APAC, je considère que l’arrêt *Fraser* modifie cet aspect de la loi, surtout à la lumière des énoncés formulés dans l’arrêt *CP*.

[63] Dans ce cas, les alinéas 3b) et 5b) du Règlement créent une distinction lorsqu’un demandeur atteint l’« âge normal ouvrant droit à la pension ». La question est de savoir si cette distinction devient discriminatoire par le refus d’une prestation d’une manière qui renforce, perpétue ou accentue le désavantage à mesure qu’un employé vieillit et atteint l’âge ouvrant droit à la pension.

[64] Comme indiqué dans l’arrêt *CP* au paragraphe 142, « [à] cet égard, il convient aussi de garder à l’esprit que, de façon générale, les distinctions fondées sur l’âge sont “courantes et nécessaires pour maintenir l’ordre dans notre société” et ne sont “pas fortement associées à la discrimination et à la dénégation arbitraire de privilèges” (*Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429, par. 31). »

[65] AC affirme que, lorsqu’on effectue une analyse contextuelle, on obtient la même analyse que celle décrite dans l’arrêt *Weatherley*, à savoir que les régimes d’assurance-invalidité servent de forme d’assurance pour les travailleurs lorsque la cessation de l’indemnisation est nécessaire à un moment donné.

[66] Comme il est indiqué dans l’arrêt *Weatherley*, aux paragraphes 24 à 29, une violation du paragraphe 15(1) de la Charte ne peut pas être déduite simplement du fait que la loi exclut un groupe, même un groupe vulnérable, d’un régime d’avantages sociaux :

Dans l’arrêt *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429, par. 55, la Cour suprême conclut que les tribunaux ne sauraient insister sur « [une] correspondance parfaite entre un régime de prestations et les besoins ou la situation d’[un] groupe demandeur ». Bien que l’on puisse « éprouver de la sympathie » pour les personnes qui ne peuvent pas participer aux programmes, le « fait qu’un programme social donné ne réponde pas aux besoins de tous, sans exception, ne nous permet pas de conclure que ce programme ne correspond pas aux besoins et à la situation véritables du groupe concerné » (par. 55).

This led the Supreme Court in *Gosselin* to hold that an infringement of section 15(1) of the Charter cannot be deduced simply from the fact that benefits legislation leaves a group, even a vulnerable group, outside a benefits scheme (at para. 55):

The fact that some people may fall through the program's cracks does not show that the law fails to consider the overall needs and circumstances of the group of individuals affected, or that all distinctions contained in the law amount to discrimination in the substantive sense intended by s. 15(1).

To the same effect is the Supreme Court's decision in *Law v. Canada*, [1999] 1 S.C.R. 497, 170 D.L.R. (4th) 1 at para. 105. This Court described *Law*'s contribution to our understanding of section 15(1) and the Plan in this way:

...[B]enefits legislation, like the [*Canada Pension Plan*], is aimed at ameliorating the conditions of particular groups. However, social reality is complex: groups intersect and within groups, individuals have different needs and circumstances, some pressing, some not so pressing depending on situations of nearly infinite variety. Accordingly, courts should not demand "that legislation must always correspond perfectly with social reality in order to comply with s. 15(1) of the Charter": *Law, supra* at paragraph 105.

(*Miceli-Riggins* at para. 56.)

More recently, in *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396, the Supreme Court held that the assessment whether benefits legislation offends section 15(1) must be conducted sensitively, keeping front of mind the challenge of allocating scarce resources (at para. 67):

In cases involving a pension benefits program such as this case, the contextual inquiry at the second step of the s. 15(1) analysis will typically focus on the purpose of the provision that is alleged to discriminate, viewed in the broader context of the scheme as a whole. Whom did the legislature intend to benefit and why? In determining whether the distinction perpetuates prejudice or stereotypes a particular group, the court will take into account the fact that such programs are designed to benefit a number of

Par conséquent, la Cour suprême, dans l'arrêt *Gosselin*, conclut qu'une violation du paragraphe 15(1) de la *Charte* ne peut être déduite simplement du fait que la législation en matière de prestations écarte un groupe, même un groupe vulnérable, du régime de prestations (par. 55) :

Le fait que certaines personnes soient victimes des lacunes d'un programme ne prouve pas que la mesure législative en cause ne tient pas compte de l'ensemble des besoins et de la situation du groupe de personnes touchées, ni que la distinction établie par cette mesure crée une discrimination réelle au sens du par. 15(1).

L'arrêt de la Cour suprême *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, 1999 CanLII 675, par. 105, va dans le même sens. Notre Cour décrit l'arrêt *Law* comme une contribution à notre conception du paragraphe 15(1) et du Régime en ces termes :

Les lois en matière de prestations sociales, comme le Régime de pensions du Canada, visent à améliorer les conditions de groupes particuliers. Cependant, la réalité sociale est complexe : les groupes se recoupent et, à l'intérieur de ceux-ci, existent des personnes aux situations et aux besoins différents, certains urgents, d'autres pas, suivant des situations d'une variété presque infinie. En conséquence, les tribunaux ne devraient pas exiger « qu'une loi doi[ve] toujours correspondre parfaitement à la réalité sociale pour être conforme au par. 15(1) de la *Charte* » : arrêt *Law*, précité, au paragraphe 105.

(*Miceli-Riggins*, par. 56.)

Plus récemment, dans l'arrêt *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, la Cour suprême conclut qu'il faut procéder délicatement à l'analyse portant à déterminer si la législation en matière de prestations contrevient au paragraphe 15(1), compte tenu de la tâche difficile que constitue la répartition de maigres ressources (par. 67) :

Lorsqu'il est question d'un régime de prestations de retraite, comme dans le cas qui nous occupe, l'examen des facteurs contextuels à la deuxième étape de l'analyse requise par le par. 15(1) porte en général sur l'objet de la disposition présentée comme discriminatoire, et se fait à la lumière du régime législatif complet. À qui le législateur voulait-il accorder un avantage et pourquoi? Pour trancher la question de savoir si la distinction perpétue un préjugé ou applique un stéréotype à un certain groupe, le tribunal

different groups and necessarily draw lines on factors like age. It will ask whether the lines drawn are generally appropriate, having regard to the circumstances of the persons impacted and the objects of the scheme. Perfect correspondence between a benefit program and the actual needs and circumstances of the applicant group is not required. Allocation of resources and particular policy goals that the legislature may be seeking to achieve may also be considered.

In *Withler*, the Supreme Court also instructed (at paras. 38 and 66) that courts should give some margin of appreciation under section 15(1) to the judgment calls made by legislators when assessing whether their benefits legislation improperly discriminates.

For these reasons, the Supreme Court has suggested that only something quite discernable or concrete—such as an illegitimate or arbitrary “singling out” of a particular group—can prompt the Court to find that benefits legislation infringes section 15(1):

It is not open to Parliament or a legislature to enact a law whose policy objectives and provisions single out a disadvantaged group for inferior treatment: *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203. On the other hand, a legislative choice not to accord a particular benefit absent demonstration of discriminatory purpose, policy or effect does not offend this principle and does not give rise to s. 15(1) review. This Court has repeatedly held that the legislature is under no obligation to create a particular benefit. It is free to target the social programs it wishes to fund as a matter of public policy, provided the benefit itself is not conferred in a discriminatory manner....

Where stereotyping of persons belonging to a group is at issue, assessing whether a statutory definition that excludes a group is discriminatory, as opposed to being the legitimate exercise of legislative power in defining a benefit, involves consideration of the purpose of the legislative scheme which confers the benefit and the overall needs it seeks to meet. If a benefit program excludes a particular group in a way that undercuts the overall purpose of the program,

tient compte du fait que de tels programmes sont conçus dans l'intérêt de divers groupes et doivent forcément établir des limites en fonction de certains facteurs comme l'âge. Le tribunal s'interrogera sur l'opportunité générale de telles limites, compte tenu de la situation des personnes touchées et des objets du régime. Point n'est besoin que le programme de prestations corresponde parfaitement à la situation et aux besoins véritables du groupe de demandeurs. Le tribunal pourra également prendre en considération l'affectation des ressources et les objectifs particuliers d'intérêt public visés par le législateur.

Dans l'arrêt *Withler*, la Cour suprême indique également (par. 38 et 66) que les tribunaux devraient laisser une certaine marge de manœuvre, dans leur analyse au regard du paragraphe 15(1), aux choix du législateur lorsqu'ils déterminent si sa législation prévoyant des prestations est discriminatoire.

C'est pourquoi la Cour suprême estime que ce n'est qu'en la présence d'un élément discernable ou concret —, comme une « distinction illégitime » d'un groupe particulier —, que la Cour peut être amenée à conclure que la législation prévoyant des prestations contrevient au paragraphe 15(1) :

Il n'est pas loisible au Parlement ou à une législature d'adopter une loi dont les objectifs de politique générale et les dispositions imposent à un groupe défavorisé un traitement moins favorable : *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203. Par contre, la décision du législateur de ne pas accorder un avantage en particulier, lorsque l'existence d'un objectif, d'une politique ou d'un effet discriminatoire n'est pas établie, ne contrevient pas à ce principe ni ne justifie un examen fondé sur le par. 15(1). Notre Cour a conclu à maintes reprises que le législateur n'a pas l'obligation de créer un avantage en particulier, qu'il peut financer les programmes sociaux de son choix pour des raisons de politique générale, à condition que l'avantage offert ne soit pas lui-même conféré d'une manière discriminatoire [...].

Lorsqu'il s'agit de savoir si les membres d'un groupe font l'objet d'un stéréotype, déterminer si une définition légale excluant un groupe est discriminatoire et ne constitue pas un exercice légitime du pouvoir législatif de définir un avantage suppose l'examen de l'objectif du régime législatif qui confère l'avantage ainsi que des besoins généraux auxquels il est censé répondre. Le régime d'avantages excluant un groupe en particulier d'une manière qui compromet

then it is likely to be discriminatory: it amounts to an arbitrary exclusion of a particular group. If, on the other hand, the exclusion is consistent with the overarching purpose and scheme of the legislation, it is unlikely to be discriminatory. Thus, the question is whether the excluded benefit is one that falls within the general scheme of benefits and needs which the legislative scheme is intended to address.

(*Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (A.G.)*, 2004 SCC 78, [2004] 3 S.C.R. 657 at paras. 41-42.)

But even then, a section 15(1) claimant may still not have enough to succeed. This is because “[c]rafting a social assistance program...is a complex problem, for which there is no perfect solution” and “[n]o matter what measures the government adopts, there will always be some individuals for whom a different set of measures might have been preferable”: *Gosselin* at para. 55. In the same vein, this Court has put it this way:

When presented with an argument that a complex statutory benefit scheme, such as unemployment insurance, has a differential adverse effect on some applicants contrary to section 15, the Court is not concerned with the desirability of extending the benefits in the manner sought. In the design of social benefit programs, priorities must be set, a task for which Parliament is better suited than the courts, and the Constitution should not be regarded as requiring judicial fine-tuning of the legislative scheme.

(*Krock v. Canada (Attorney General)*, 2001 FCA 188, 89 C.R.R. (2d) 170 at para. 11.)

[67] ACPA asserts that the focus of the analysis in this case is distinct from the focus in *Withler* on which the C.H.R.T. relied and from *Weatherley*. It notes that *Withler* was a challenge to the terms of a pension benefits plan, which were codified under statute, and *Weatherley* was based on a challenge to a benefits scheme. The present application does not challenge the terms of the GDIP. It asserts that the challenge in this application is about whether the linkage between “normal pensionable age” and a disability plan is inappropriate.

son objectif global sera vraisemblablement discriminatoire, car il exclut arbitrairement un groupe donné. Par contre, l’exclusion qui est compatible avec l’objectif général et l’économie du régime législatif ne sera vraisemblablement pas discriminatoire. La question est donc de savoir si l’avantage exclu fait partie du régime général d’avantages établi par la loi et s’il correspond aux besoins auxquels celle-ci est censée répondre.

[*Auton (Tutrice à l’instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78, [2004] 3 R.C.S. 657, par. 41 et 42.]

Même alors, il se peut que ce ne soit pas suffisant pas pour que la demanderesse qui invoque le paragraphe 15(1) ait gain de cause. En effet, « [l]’élaboration d’un régime d’aide sociale [...] est un problème complexe, auquel il n’existe pas de solution parfaite » et « [q]uelles que soient les mesures adoptées par le gouvernement, il existera toujours un certain nombre de personnes auxquelles un autre ensemble de mesures aurait mieux convenu » (*Gosselin* par. 55). Notre Cour tient un discours semblable :

Lorsque la Cour examine un argument qui veut qu’un régime complexe de prestations prévu par la loi, comme celui de l’assurance-chômage, a un effet négatif différentiel sur certains demandeurs contrairement à l’article 15, elle ne peut se préoccuper de la question de savoir s’il serait désirable d’accorder des prestations étendues comme on le recherche. Dans la création des programmes sociaux, il faut établir des priorités. Le législateur est mieux équipé pour cette tâche que les tribunaux et la Constitution n’exige pas que les tribunaux procèdent à un réglage minutieux des régimes législatifs.

[*Krock c. Procureur général du Canada*, 2001 CAF 188, par. 11.]

[67] L’APAC affirme que l’objet de l’analyse dans la présente affaire est différent de l’objet de l’arrêt *Withler*, sur lequel le T.C.D.P. s’est appuyé, et de l’arrêt *Weatherley*. Elle souligne que dans l’arrêt *Withler* se rapportait à une contestation des modalités d’un régime de prestations de retraite, qui étaient codifiées en loi, et que l’arrêt *Weatherley* se rapportait à la contestation d’un régime de prestations. La présente demande ne conteste pas les modalités de la GCAI. Elle affirme que le défi dans cette demande consiste à déterminer si le lien entre « l’âge normal ouvrant droit à la pension » et un régime d’invalidité est inapproprié.

[68] AC argues that the same principles apply to the choices made with respect to paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations; the rules are not narrowly applicable to social benefits legislation, but to insurance schemes more generally.

[69] As argued by AC, an example of this is set out in *Landau* at paragraphs 14–16, where the Court made a parallel of the plan at issue in that case to an insurance scheme where some come out ahead and some do not, finding that private insurance schemes do not change the logic as set out in *Weatherley*:

The applicant's challenge overlooks the nature and role of the Plan. The nature and role of the Plan rebuts allegations that it creates salient distinctions under section 15(1) or that any distinctions are discriminatory under section 15(1) or unjustified under section 1 of the Charter. This scheme was designed to provide partial earnings replacement in certain circumstances and was never meant to be comprehensive or meet the needs of all contributors in every conceivable circumstance: *Weatherley v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 158 at para. 10. It is much like an insurance scheme full of cross-subsidization where some come out ahead and some do not. This sort of scheme also requires that clear and rigid criteria be drawn and specified for contributions and benefits. As well, as explained in *Weatherley*, an increase in benefits or reduction of contributions for some often must result in the reduction of benefits or increase in contributions or both for others; and many of these others are needy and vulnerable and also arguably fall under section 15(1) of the Charter. ...

Auton, in particular, recognizes the necessity of line-drawing and certainty in benefits schemes such as this so that the schemes can achieve their purposes. It suggests (at para. 42) that section 15(1) claims like this are possible only where the legislative scheme targets groups for illegitimate reasons extraneous to the scheme. This is not the case here.

[68] AC soutient que les mêmes principes s'appliquent aux choix faits relativement aux alinéas 3b) et 5b) du Règlement; les règles ne s'appliquent pas de manière restrictive aux lois sur les avantages sociaux, mais aux régimes d'assurance en général.

[69] Comme l'a fait valoir AC, un exemple de cela est énoncé dans l'arrêt *Landau* aux paragraphes 14 à 16, où la Cour a établi un parallèle entre le régime en cause dans cette affaire et un régime d'assurance dans lequel certains sont favorisés plus que d'autres, concluant que les régimes d'assurance privés ne changent pas la logique énoncée dans l'arrêt *Weatherley* :

La contestation de la demanderesse ne tient pas compte de la nature et du rôle du RPC, qui contredisent ses allégations comme quoi il crée des distinctions manifestes au sens du paragraphe 15(1), ou comme quoi toutes les distinctions sont discriminatoires au sens de cette disposition ou injustifiées au sens de l'article premier de la Charte. Le régime a été conçu pour assurer un remplacement partiel du revenu dans certains cas. Il n'était pas censé être exhaustif ou combler les besoins de tous les cotisants dans toutes les circonstances imaginables (*Weatherley c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 158, par. 10) [*Weatherley*]. Il s'apparente plutôt à un régime d'assurance interfinancé qui serait plus avantageux pour certains cotisants que pour d'autres. Dans ce genre de régime, les cotisations et les prestations doivent être encadrées par des critères précis, rigoureux et bien énoncés. Par ailleurs, tel qu'il est expliqué dans l'arrêt *Weatherley*, il est à prévoir que, si un groupe en particulier obtient une augmentation de ses prestations ou une réduction de ses cotisations, il s'ensuivra dans bien des cas une réduction des prestations ou une augmentation des cotisations, ou les deux, pour d'autres personnes, parmi lesquelles beaucoup sont démunies et vulnérables, et vraisemblablement visées par le paragraphe 15(1) de la Charte. ...

Ainsi, dans l'arrêt *Auton*, la Cour suprême du Canada a reconnu qu'il est nécessaire de tracer des limites et de s'appuyer sur des certitudes pour permettre à des régimes de prestations comme le RPC d'atteindre ses objectifs. La Cour suprême a noté, au paragraphe 42, que les contestations fondées sur le paragraphe 15(1), comme celle dont nous sommes saisis ici, sont possibles seulement si un régime législatif exclut un groupe pour des raisons illégitimes et incompatibles avec ses objectifs. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

The recent Supreme Court case of *Fraser v. Canada (Attorney General)*, 2020 SCC 28, 450 D.L.R. (4th) 1, analyzed and discussed in *Weatherley*, above, does not overrule or cast doubt on any of the above cases.

Dans son arrêt récent *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28, [2020] A.C.S. no 28 (QL), analysé et commenté dans l'arrêt *Weatherley*, précité, la Cour suprême du Canada n'a ni infirmé ni mis en doute les jugements précités.

[70] As noted by the C.H.R.T., the Gorham Report supports a view that the scheme provided by paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations and the concept of “normal pensionable age” is consistent with an income insurance scheme.

[70] Comme l'a fait remarquer le T.C.D.P., le rapport Gorham appuie l'opinion selon laquelle le régime prévu aux alinéas 3b) et 5b) du Règlement et le concept d'« âge normal ouvrant droit à la pension » sont compatibles avec un régime d'assurance-revenu.

[71] As set out at paragraphs 59, 63, and 67 to 69 of the Gorham Report:

[71] Comme énoncé aux paragraphes 59, 63 et 67 à 69 du rapport Gorham :

By definition, insurance is to provide compensation for a loss. Disability insurance is to provide compensation for lost wages as a result of a disability. It follows that if a disabled worker would not have been working in the absence of the disability, then there should be no compensation for lost wages.

[TRADUCTION] Par définition, l'assurance vise à indemniser une perte subie. L'assurance-invalidité vise à compenser la perte de salaire à la suite d'une invalidité. Par conséquent, si un travailleur invalide n'avait pas travaillé même en l'absence d'une invalidité, il ne devrait pas être indemnisé pour la perte de salaire.

...

[...]

In order to provide compensation using the principles of insurance, it is necessary to make an assumption about when work would have ended and to apply that assumption as a condition of coverage.

Afin d'offrir une indemnisation selon les principes de l'assurance, il est nécessaire de formuler une hypothèse sur le moment où le travail aurait pris fin et d'appliquer cette hypothèse comme condition de couverture.

...

[...]

One way an insurance company protects against losses is to ensure that a person is only covered against the possibility of an *actual* loss. Providing income during a disability when there is no financial loss to the person would act to encourage potential abuse of disability coverage. Consequently, benefits are limited to periods when a person has a reasonable probability to have remained employed in the absence of the disability.

L'une des façons dont une compagnie d'assurance peut se protéger contre les pertes est de s'assurer qu'une personne n'est protégée que contre la possibilité d'une perte réelle. Le fait de fournir un revenu pendant une période d'invalidité alors qu'il n'y a pas de perte financière pour la personne en question encouragerait l'abus potentiel de la protection en cas d'invalidité. Par conséquent, les prestations sont limitées aux périodes au cours desquelles il existe une probabilité raisonnable que la personne ait continué à occuper son emploi en l'absence de l'invalidité.

Even if retirement was not a reason to limit the age at which disability benefits are payable the cost charged by the insurer would result in a limit. If disability benefits continued for life, the costs of the insurance would be so high that employers would likely refuse to provide the benefit at all or demand something cheaper which would result in benefits ceasing at some specified age. ...

Même si la retraite n'est pas une raison de limiter l'âge auquel les prestations d'invalidité sont payables, le coût facturé par l'assureur entraînerait une limite. Si les prestations d'invalidité étaient maintenues à vie, les coûts de l'assurance seraient si élevés que les employeurs refuseraient probablement de fournir la prestation ou demanderaient quelque chose de moins cher, ce qui entraînerait la cessation des prestations à un âge donné. ...

... At any time when more than half of them are still working, then providing benefits is expected to over compensate fewer than 50% of the injured workers. At any time when less than half are still working, then providing benefits is expected to cover compensate more than 50% of the injured workers. The balance point is where half are expected to have stopped working.

[72] The uncontested evidence, as recognized by the C.H.R.T., was that indefinite disability benefit plans are not viable. Without a limit, the cost of insurance would be too high. Plans become unviable when workers are between the age of 61 and 65.

[73] However, ACPA now contests Mr. Gorham's additional finding recognized by the C.H.R.T. that "cessation of disability benefits at a lower age could be appropriate where the employment situation differs from the average for Canada, such as ...where the plan provides for an unreduced pension prior to age 65 in some circumstances" [Decision, at paragraph 74]. As explained by Mr. Gorham [at paragraphs 133–135]:

To be actuarially sound, there needs to be a point at which income benefits cease. In my opinion, there is no single correct age at which benefits should stop. There is a range of ages that could vary based on retirement patterns of Canadian in general and of the employer in particular. Based on Canadian employment statistics, I believe that an appropriate range is between about age 61 and 65.

In my opinion, and ignoring any legislated restrictions, that should not preclude an employer adopting an earlier or later age to cease disability income benefits if the employment situation differs from the average for Canada. One such situation would be providing a pension plan with unreduced early retirement pensions that are payable earlier than age 61. Another situation would be a workplace where employees routinely work past age 65.

In my opinion, the use of pensionable age is one appropriate method of setting a point at which disability benefits could cease. It recognises differing employment situations. For example, employees who have generous

... À tout moment où plus de la moitié d'entre eux sont encore en activité, on s'attend à ce que les prestations versées surindemnisent moins de 50 % des travailleurs accidentés. À tout moment où moins de la moitié des travailleurs sont encore en activité, on s'attend à ce que les prestations versées surindemnisent plus de 50 % des travailleurs accidentés. Le point d'équilibre est le point où l'on s'attend à ce que la moitié ait cessé de travailler.

[72] La preuve non contestée, comme l'a reconnu le T.C.D.P., était que les régimes de prestations d'invalidité d'une durée indéterminée ne sont pas viables. En l'absence d'une limite, le coût de l'assurance serait trop élevé. Les régimes deviennent non viables lorsque les travailleurs ont entre 61 et 65 ans.

[73] Cependant, l'APAC conteste maintenant la conclusion supplémentaire de M. Gorham, qui a été reconnue par le T.C.D.P., à savoir que « la cessation des prestations d'invalidité à un âge moins élevé pourrait être appropriée quand le contexte de l'emploi diffère de la moyenne au Canada, comme [lorsque] le régime prévoit une pension non réduite avant 65 ans dans certaines circonstances » [la décision contestée, au paragraphe 74]. Comme l'a expliqué M. Gorham [aux paragraphes 133 à 135] :

Pour que le régime soit fiable sur le plan actuariel, il doit y avoir un moment où les indemnités pour perte de revenu cessent. À mon avis, il n'y a pas d'âge précis auquel les prestations devraient cesser. Il existe un éventail d'âges qui peuvent varier en fonction des habitudes de retraite des Canadiens en général et de l'employeur en particulier. D'après les statistiques sur l'emploi au Canada, je crois qu'une plage appropriée se situe entre 61 et 65 ans.

À mon avis, et sans tenir compte des restrictions prévues par la loi, cela ne devrait pas empêcher un employeur d'adopter un âge de fin des prestations d'invalidité qui soit plus précoce ou plus avancé, si la situation d'emploi diffère de la moyenne pour le Canada. L'une de ces situations consisterait à offrir un régime de retraite prévoyant des pensions de retraite anticipée non réduites payables avant l'âge de 61 ans. Une autre situation serait celle d'un milieu de travail où les employés travaillent régulièrement après l'âge de 65 ans.

À mon avis, le recours à l'âge ouvrant droit à la pension est une méthode appropriée pour fixer le moment auquel les prestations d'invalidité pourraient cesser. Elle reconnaît les situations d'emploi différentes. Par exemple,

unreduced early retirement pensions will have an earlier pensionable age than those with less generous or no unreduced early retirement pensions. In my experience, employees with unreduced early retirement benefits generally retire, on average, at younger ages than those with unreduced early retirement pensions. So using pensionable age as the cessation point can recognize differences in retirement patterns between different employers.

[74] I agree with AC that the use of “normal pensionable age” allows employers to have regard to the employee’s circumstances and pensionable benefit in line with the teachings of *Withler*, at paragraph 67:

In cases involving a pension benefits program such as this case, the contextual inquiry at the second step of the s. 15(1) analysis will typically focus on the purpose of the provision that is alleged to discriminate, viewed in the broader context of the scheme as a whole. Whom did the legislature intend to benefit and why? In determining whether the distinction perpetuates prejudice or stereotypes a particular group, the court will take into account the fact that such programs are designed to benefit a number of different groups and necessarily draw lines on factors like age. It will ask whether the lines drawn are generally appropriate, having regard to the circumstances of the persons impacted and the objects of the scheme. Perfect correspondence between a benefit program and the actual needs and circumstances of the claimant group is not required. Allocation of resources and particular policy goals that the legislature may be seeking to achieve may also be considered.

[75] As noted by the C.H.R.T. in the Decision, the Regulations were based on recommendations from stakeholders after lengthy consultations, which included balancing the interests of employers, employer organizations, underwriters of benefits plans, benefit consulting firms, other human rights administrators and interested organizations.

les employés qui ont de généreuses pensions de retraite anticipée non réduites atteindront un âge ouvrant droit à la pension avant ceux qui ont des pensions de retraite anticipée moins généreuses ou qui n’en ont pas. D’après mon expérience, les employés qui bénéficient de prestations de retraite anticipée non réduites prennent généralement leur retraite, en moyenne, à un plus jeune âge que ceux qui ont une pension de retraite anticipée non réduite. L’utilisation de l’âge ouvrant droit à la pension comme point d’arrêt peut donc permettre de reconnaître les différences entre les régimes de retraite des différents employeurs.

[74] Je suis d’accord avec AC pour dire que l’utilisation de « l’âge normal ouvrant droit à la pension » permet aux employeurs de tenir compte de la situation de l’employé et des prestations ouvrant droit à la pension conformément aux enseignements énoncés au paragraphe 67 de l’arrêt *Withler* :

Lorsqu’il est question d’un régime de prestations de retraite, comme dans le cas qui nous occupe, l’examen des facteurs contextuels à la deuxième étape de l’analyse requise par le par. 15(1) porte en général sur l’objet de la disposition présentée comme discriminatoire, et se fait à la lumière du régime législatif complet. À qui le législateur voulait-il accorder un avantage et pourquoi? Pour trancher la question de savoir si la distinction perpétue un préjugé ou applique un stéréotype à un certain groupe, le tribunal tient compte du fait que de tels programmes sont conçus dans l’intérêt de divers groupes et doivent forcément établir des limites en fonction de certains facteurs comme l’âge. Le tribunal s’interrogera sur l’opportunité générale de telles limites, compte tenu de la situation des personnes touchées et des objets du régime. Point n’est besoin que le programme de prestations corresponde parfaitement à la situation et aux besoins véritables du groupe de demandeurs. Le tribunal pourra également prendre en considération l’affectation des ressources et les objectifs particuliers d’intérêt public visés par le législateur.

[75] Comme l’a souligné le T.C.D.P. dans sa décision, le Règlement était fondé sur les recommandations des intervenants après de longues consultations, qui ont notamment consisté en une mise en équilibre des intérêts des employeurs, des organisations d’employeurs, des souscripteurs de régimes d’avantages sociaux, des sociétés d’experts-conseils en avantages sociaux ainsi que d’autres administrateurs des droits de la personne et organisations intéressées.

[76] The goal of the Canadian Human Rights Commission in creating exceptions to the prohibition on discrimination in benefit plans was to recognize that “some differentiation with respect to age, sex, marital status or physical handicap is not always undesirable in such plans” (Canadian Human Rights Commission, *Annual Report, 1979*, section 3.1.1).

[77] In this case, the contextual factors demonstrate that the distinction made by “normal pensionable age” is a *bona fide* distinction. It is not targeting groups for illegitimate reasons outside of the overall scheme. Here, consistent with *Withler* and the goals pursued, terminating disability benefits when an employee has reached normal pensionable age does not put employees in an adverse situation because they are able to collect unreduced pension benefits.

[78] As noted by the C.H.R.T., this is in contrast with *Talos* where the termination of benefits at age 65 was not set-off by any other compensatory arrangement. As summarized by the C.H.R.T., *Talos* dealt with subsection 25(2.1) of Ontario’s *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19 (Code), in conjunction with the *Employment Standards Act, 2000* (S.O. 2000, c. 41) and its Regulations, and specifically carved out 65 and older workers from protections with respect to different treatment in benefits plans, pension and other workplace plans, in a bid to maintain flexibility in the workplace for parties to make arrangements that would respect the financial viability of those plans. The adjudicator found that a benefit differential that was only explained by the age of the employee would be *prima facie* age discrimination under the Code. Accordingly, she held that a legislative provision that prevented a worker age 65 and older from being able to challenge any reduction or elimination of access to workplace benefits as age discrimination was *prima facie* a violation of subsection 15(1) of the Charter.

[76] L’objectif de la Commission canadienne des droits de la personne lorsqu’elle a créé des exceptions à l’interdiction de discrimination dans les régimes d’avantages sociaux était de [TRADUCTION] « reconnaître qu’une certaine différenciation en ce qui concerne l’âge, le sexe, l’état matrimonial ou le handicap physique n’est pas toujours indésirable dans de tels régimes » (Commission canadienne des droits de la personne, *Rapport annuel, 1979*, section 3.1.1).

[77] En l’espèce, les facteurs contextuels démontrent que la distinction faite par l’« âge normal ouvrant droit à la pension » est une distinction de bonne foi. Elle ne cible pas des groupes pour des raisons illégitimes en dehors du régime général. En l’espèce, conformément à l’arrêt *Withler* et aux objectifs poursuivis, le fait de mettre fin aux prestations d’invalidité lorsqu’un employé a atteint l’âge normal ouvrant droit à la pension ne met pas les employés dans une situation difficile, parce qu’ils peuvent toucher des prestations de retraite non réduites.

[78] Comme l’a fait remarquer le T.C.D.P., cela contraste avec l’affaire *Talos*, où la cessation des prestations à l’âge de 65 ans n’avait pas été compensée par un autre arrangement. Comme l’a résumé le T.C.D.P., le tribunal dans la décision *Talos* devait se pencher sur le paragraphe 25(2.1) du *Code des droits de la personne* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19 (le Code), conjointement avec la *Loi de 2000 sur les normes d’emploi* (L.O. 2000, ch. 41) et son Règlement, et a spécifiquement exclu les travailleurs âgés de 65 ans et plus des protections en ce qui concerne les différences de traitement dans les régimes d’avantages sociaux, les régimes de retraite et les autres régimes en milieu de travail, dans un effort visant à maintenir une certaine souplesse en milieu de travail, et ce, pour que les parties puissent prendre des dispositions qui respectent la viabilité financière de ces régimes. L’arbitre a conclu qu’une différence de traitement qui n’était expliquée que par l’âge de l’employé constituerait à première vue une discrimination fondée sur l’âge au titre du Code. Par conséquent, elle a conclu qu’une disposition législative qui empêchait un travailleur de 65 ans et plus de contester toute réduction ou élimination de l’accès aux avantages sociaux en raison de la discrimination fondée sur l’âge constituait de prime abord une violation du paragraphe 15(1) de la Charte.

[79] ACPA argues that the C.H.R.T. was not correct in its analysis of *Talos* and that the logic of *Talos* is compelling and should be followed. It contends that this logic can be applied equally well to the facts of this case, even though the same benefits are not at play. It asserts that whether an employee has a good pension is not relevant to their equality rights. Similarly, it argues that the following reasoning held in *Talos*, at paragraph 234 applies equally well to the circumstances of Sandra Anderson in this case:

... absent healthcare benefits, an injured or ill worker who is 65 or over could be forced to retire because she cannot afford the healthcare supports ... that would assist with her day to day health maintenance so that she is fit to remain at work, with or without accommodated duties. By removing healthcare benefits at age 65, it logically follows that older workers are deprived of the supports available to their younger co-workers to maintain their fitness for work.

[80] However, I disagree that such a parallel cannot be made. Rather, as argued by AC, the experience of Ms. Anderson while imperfect is consistent with the expectations set out in *Withler*, which recognizes perfect correspondence between a program and the actual needs and circumstances of a claimant group is not required so long as its objectives are met. In Ms. Anderson's case, she was still able to obtain compensation for lost wages as a result of her disability. As noted by the C.H.R.T. [at paragraph 67]:

In this case, I find from the evidence that the disability benefits were designed to provide a measure of income loss to plan members should they become disabled and unable to work. However, if the member were eligible for an unreduced pension, then although their disability benefits were no longer available to them, if they became disabled, they could choose to use their sick days and vacation and possibly unpaid leave before returning to work. That was the option chosen by Robert Lyon. Their other choice was to retire and collect their unreduced pension. That was the option chosen by Sandra Anderson.

[79] L'APAC soutient que le T.C.D.P. a mal analysé la décision *Talos* et que le raisonnement adopté dans cette décision est convaincant et devrait être suivi. Elle soutient que ce raisonnement peut s'appliquer tout aussi bien aux faits en l'espèce, même si les mêmes avantages ne sont pas en jeu. Elle affirme que la question de savoir si un employé a une bonne pension n'a rien à voir avec ses droits à l'égalité. De même, elle soutient que le raisonnement suivant énoncé au paragraphe 234 de la décision *Talos* s'applique également à la situation de Sandra Anderson en l'espèce :

[TRADUCTION] ... en l'absence de prestations d'assurance maladie une travailleuse blessée ou malade âgée de 65 ans ou plus pourrait être forcée de prendre sa retraite parce qu'elle n'a pas les moyens de se payer les soins de santé [...] qui l'aideraient à maintenir son état de santé au quotidien afin qu'elle soit apte à travailler avec ou sans mesures d'adaptation. En supprimant les prestations d'assurance maladie à l'âge de 65 ans, il s'ensuit logiquement que les travailleurs âgés sont privés du soutien offert à leurs jeunes collègues pour maintenir leur aptitude au travail.

[80] Cependant, je suis d'avis qu'un tel parallèle ne peut être fait. Au contraire, comme l'a fait valoir AC, la situation vécue par M^{me} Anderson, bien qu'elle ne soit pas idéale, est conforme aux attentes énoncées dans l'arrêt *Withler*, selon lesquelles, tant que les objectifs du programme sont atteints, il n'est pas nécessaire que celui-ci corresponde parfaitement à la situation et aux besoins véritables d'un groupe de demandeurs. Dans le cas de M^{me} Anderson, elle a quand même pu obtenir une indemnisation pour la perte de salaire causée par son invalidité. Comme l'a fait remarquer le T.C.D.P. [au paragraphe 67] :

Dans la présente affaire, la preuve m'amène à conclure que les prestations d'invalidité ont été conçues pour offrir aux membres du régime un moyen de pallier la perte de revenu s'ils deviennent invalides ou incapables de travailler. Cependant, si le membre est admissible à une pension non réduite, même s'il n'a plus droit aux prestations d'invalidité, il peut choisir en cas d'invalidité d'utiliser ses jours de congé de maladie et de congé annuel, et peut-être même prendre un congé non payé, avant de reprendre le travail. C'est l'option qu'a choisie Robert Lyon. L'alternative est de prendre sa retraite et de toucher une pension non réduite. C'est l'option qu'a choisie Sandra Anderson.

[81] ACPA argues that the C.H.R.T.'s reference to "choice" is problematic. It notes that the Court has consistently held that differential treatment can be discriminatory even if it is based on choices made by the affected individual or group: *Fraser*, at paragraphs 86–87; *Ontario Public Service Employees Union v. Ontario (Government & Consumer Services)*, 2021 CanLII 19542 (Ont. G.S.B.) (*OPSEU*), at paragraphs 101–102.

[82] However, I agree with AC that these comments must be considered in context, as must the Impugned Provision. I do not read the Decision as suggesting that the choices made by Sandra Anderson somehow affected the impact of paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations and how they should be perceived.

[83] ACPA argues that there are fundamental human rights problems with linking the eligibility of disability benefits with pension plans. Particularly, it assumes that there will be a generous pension plan that substitutes for income lost through disability benefits which is often not the case in a defined contribution plan. The provisions of the Regulations refer to disability plans generally not just long-term disability plans, regardless of how long the disability is expected to last. Further, not all pension plans offer full benefits at an age range of 61–65; some provide for a much earlier age. The effect of the Impugned Provision places control in the hands of the pension drafter, who is often unilaterally the employer. All of which it asserts is inconsistent with the broader equality guarantee.

[84] The problem with ACPA's arguments, however, is that they are not grounded in any evidence nor the objective of the Regulations. ACPA provides no evidence regarding the actual payouts of defined contribution plans or what constitutes a "generous" plan in these circumstances, or any others. It has advanced no evidence on the application of the provisions of the Regulations to the termination of short-term disability benefits or any

[81] L'APAC soutient que l'utilisation par le T.C.D.P. du terme « alternative » pose problème. Elle souligne que la Cour a toujours soutenu qu'une différence de traitement peut être discriminatoire, même si cette différence est fondée sur les choix faits par la personne ou le groupe touché : *Fraser*, aux paragraphes 86 et 87; *Ontario Public Service Employees Union v. Ontario (Government & Consumer Services)*, 2021 CanLII 19542 (C.R.G. Ont.) (*OPSEU*), aux paragraphes 101 et 102.

[82] Toutefois, je suis d'accord avec AC pour dire que ces commentaires doivent être examinés dans leur contexte, tout comme la disposition contestée. Je ne crois pas que la décision donne à penser les choix faits par Sandra Anderson ont, d'une façon ou d'une autre, eu une incidence sur l'effet des alinéas 3b) et 5b) du Règlement et sur la façon dont ils devraient être perçus.

[83] L'APAC soutient que l'établissement d'un lien entre l'admissibilité aux prestations d'invalidité et les régimes de pension présente des problèmes fondamentaux en ce qui a trait aux droits de la personne. En particulier, cela tient pour acquis qu'il y aura un régime de pension généreux pour remplacer le revenu de pension d'invalidité qui aura été perdu, ce qui n'est souvent pas le cas dans un régime à cotisations déterminées. Les dispositions du Règlement font référence aux régimes d'assurance-invalidité en général et pas seulement aux régimes d'assurance-invalidité de longue durée, peu importe la durée prévue de l'invalidité. De plus, ce ne sont pas tous les régimes de pension qui offrent des prestations complètes pour le groupe des 61 à 65 ans; certains prévoient un âge beaucoup plus précoce. L'effet de la disposition contestée est de donner le contrôle à la partie qui rédige le régime de retraite, soit souvent l'employeur de façon unilatérale. Elle affirme que tout cela est incompatible avec la garantie générale d'égalité.

[84] Cependant, les arguments de l'APAC ne reposent sur aucune preuve ni sur l'objectif du Règlement, ce qui pose problème. L'APAC n'a produit aucune preuve concernant les versements réels des régimes à cotisations déterminées ou ce qui constitue un régime « généreux » dans ces circonstances, ou dans toute autre situation. Elle n'a présenté aucune preuve de l'application des dispositions du Règlement à la cessation des prestations

impacts of the termination of those plans on older workers. Further, the only pension plans referenced by ACPA are collective agreements like those at issue in *Healy v. Gregory* (2009), 75 C.C.P.B. 178, [2009] O.J. No. 2562 (QL), 2009 CanLII 31609 (Ont. Sup. Ct.), or legislated pension plans as in the *Public Service Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. P-36. There is no evidence before the Court regarding pension plans in non-unionized contexts, or that such plans are being abused by employers in those settings.

[85] The arguments made by ACPA are insufficient to challenge the evidence presented by Mr. Gorham, which was the evidence before the C.H.R.T.

[86] Mr. Gorham provided that the vast majority of long term disability plans provided by employers terminated benefits at age 65, which was the age that retirement benefits typically become available without reduction. He noted this was because of historical patterns.

[87] He found that the appropriate statistic to use in determining when to change from wage loss replacement to retirement income was the point at which about half the workforce had retired. He opined that from an actuarial and insurance standpoint, it was appropriate to replace loss of income benefits with retirement benefits at some point between ages 61 and 65 and that pensionable age was a reasonable proxy.

[88] Further, ACPA's arguments fail to recognize that there are some inherent distinctions when considering a provision based on age. As noted in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at page 297:

....To begin with there is nothing inherent in most of the specified grounds of discrimination, e.g., race, colour, religion, national or ethnic origin, or sex that supports any general correlation between those characteristics and ability. But that is not the case with age. There is a

d'invalidité de courte durée ni des répercussions de la cessation de ces régimes sur les travailleurs âgés. De plus, les seuls régimes de pension auxquels fait référence l'APAC sont les conventions collectives comme celles en cause dans la décision *Healy v. Gregory* (2009), 75 C.C.P.B. 178, [2009] O.J. n° 2562 (QL), 2009 CanLII 31609 (C.S. Ont.), ou les régimes de retraite créés par la loi, comme celui prévu par la *Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36. Il n'y a pas de preuve devant la Cour concernant les régimes de retraite dans des contextes non syndiqués ou les abus commis par les employeurs relativement à de tels régimes dans ces contextes.

[85] Les arguments présentés par l'APAC sont insuffisants pour remettre en question la preuve présentée par M. Gorham, soit celle dont était saisi le T.C.D.P.

[86] M. Gorham a indiqué que la grande majorité des régimes d'assurance-invalidité de longue durée offerts par les employeurs mettaient fin aux prestations à l'âge de 65 ans, âge auquel les prestations de retraite devenaient généralement accessibles sans réduction. Il a fait remarquer que cela s'expliquait par des tendances historiques.

[87] Il a constaté que la statistique appropriée à utiliser pour déterminer quand passer de l'assurance-salaire au revenu de retraite était le moment où environ la moitié de la main-d'œuvre avait pris sa retraite. Il était d'avis qu'il était approprié du point de vue de l'actuariat et des assurances de remplacer les indemnités pour perte de revenu par des prestations de retraite à un moment donné entre 61 et 65 ans et que l'âge ouvrant droit à pension constituait un moyen raisonnable.

[88] De plus, les arguments de l'APAC ne tiennent pas compte du fait qu'il existe certaines distinctions inhérentes lorsqu'on envisage une disposition fondée sur l'âge. Comme l'indique l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la page 297 :

.... D'abord, il n'y a rien d'inhérent dans la plupart des motifs énumérés de discrimination, savoir la race, la couleur, la religion, l'origine nationale ou ethnique, ou le sexe, qui justifie une corrélation générale entre ces caractéristiques et les capacités. Mais il n'en est pas ainsi de

general relationship between advancing age and declining ability while we must guard against laws having an unnecessary deleterious impact on the aged based on inaccurate assumptions about the effects of age on ability, there are often solid grounds for importing benefits on one age group over another in the development of broad social schemes and in allocating benefits....

[89] Provisions based on age must also consider the natural cycle, bearing in mind both the “vertical” and “horizontal” needs of the population as recognized in *Withler*, at paragraph 76:

Garson J. explained that the government’s statutory benefit package must account for the whole population of civil servants, members of the armed forces and their families. Each part of the package is integrated with other benefits and balanced against the public interest. The package will often target the same people through different stages of their lives and careers. It attempts to meet the specific needs of the beneficiaries at particular moments in their lives. It applies horizontally to a large population with different needs at a given time, and vertically throughout the lives of the members of this population. For younger employees, it acts as group life insurance by insuring against unexpected death at a time when the surviving spouse would not be protected by a pension. For older employees, it is intended to assist with the costs of last illness and death. While it treats different beneficiaries differently depending on where they find themselves on this vertical scale, it is discriminatory neither in purpose nor effect.

[90] ACPA refers to the fundamental importance of work in a person’s life, as an “essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being”: *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at page 368. ACPA argues that the impact of the Impugned Provision on a claimant group will perpetuate stereotypes and reinforce that older workers are less flexible, more resistant to change and less motivated. It asserts that it does this by assuming that older workers are less engaged with their employment and more likely to retire at the earliest opportunity. It relies on *OPSEU* and *Talos* as examples where provisions were found to constitute age

l’âge. Il y a un rapport général entre le vieillissement et l’affaiblissement des capacités [...] bien qu’il faille se méfier des lois qui ont des effets préjudiciables inutiles sur les personnes âgées en raison de suppositions inexactes quant aux effets de l’âge sur les capacités, il y a souvent des motifs sérieux de conférer des avantages à un groupe d’âge plutôt qu’à un autre dans la mise sur pied de grands régimes sociaux et dans la répartition des bénéfices. ...

[89] Les dispositions fondées sur l’âge doivent également tenir compte du cycle naturel, en gardant à l’esprit à la fois des besoins « verticaux » et « horizontaux » de la population, comme le reconnaît l’arrêt *Withler* au paragraphe 76 :

La juge Garson a expliqué que le régime légal de prestations gouvernementales doit tenir compte de la totalité des fonctionnaires, des membres des forces armées et de leurs familles. Chaque élément du régime est harmonisé aux autres prestations et soupesé au regard de l’intérêt public. Le régime visera souvent les mêmes personnes à différentes étapes de leur existence et de leur vie professionnelle. Il est conçu pour répondre aux besoins particuliers des bénéficiaires à des moments précis de leur vie. Le régime s’applique suivant un axe horizontal à de nombreuses personnes ayant des besoins différents à un moment précis et suivant un axe vertical à chaque étape de la vie de ces personnes. En ce qui concerne les jeunes employés, cette prestation agit à titre d’assurance vie collective garantissant une protection en cas de décès inattendu à une époque où leur conjoint survivant ne toucherait aucune pension. Pour les employés plus âgés, cette prestation vise à contribuer aux dépenses occasionnées par la dernière maladie et le décès. Bien que le régime traite les bénéficiaires de façon différente, en fonction de leur position sur cet axe vertical, il n’est discriminatoire ni par son objet ni par ses effets.

[90] L’APAC renvoie aux propos de la Cour suprême du Canada à la page 368 de l’arrêt *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, où cette dernière souligne l’importance fondamentale du travail dans la vie d’une personne en tant que « composante essentielle du sens de l’identité d’une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel ». L’APAC soutient que l’incidence de la disposition contestée sur un groupe de demandeurs perpétuera les stéréotypes et renforcera le fait que les travailleurs âgés sont moins conciliants, plus réfractaires au changement et moins motivés. Elle affirme qu’il en est ainsi du fait que l’on suppose que les travailleurs âgés

discrimination and to perpetuate this negative stereotype. However, none of these decisions relate to long-term disability plans. ACPA's further reference to secondary sources in support of its argument is impermissible, as noted earlier, as none of these secondary sources were before the C.H.R.T. nor admitted properly.

[91] Even if one were to accept that older workers face stereotypes in the workplace, and have experienced certain disadvantages associated with those stereotypes, there is insufficient evidence of the actual impact of the loss of disability benefits on older workers, or a clear connection in the evidence between the loss of disability benefits to those asserted stereotypes and disadvantages.

[92] As acknowledged by ACPA at the hearing before the C.H.R.T., paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations create a necessary exemption to the individualized approach that would otherwise apply under the Act. Paragraphs 3(b) and 5(b) "recogniz[e] the validity of insurance principles, the necessity of those principles in coming up with a viable insurance scheme, and recogniz[e] that those principles are not based on stereotypes in the human rights language; they're based on statistical analysis" (C.H.R.T. Transcript, page 1369, lines 14–21).

[93] Section 15 ensures substantive equality for all employees. This does not mean that all workers will have the exact same disability coverage because they are workers, or that there will be formal equality between older and younger workers: *Withler*, at paragraphs 2 and 71; *Fraser*, at paragraph 40. Rather, it requires that all workers be eligible to a form of compensation for loss of salary based on disability. In my view, the C.H.R.T. correctly found that this equality right was safeguarded under paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations, and in effect by the Impugned Provision.

sont moins engagés dans leur emploi et plus susceptibles de prendre leur retraite à la première occasion. Elle s'appuie sur les décisions *OPSEU* et *Talos* comme exemples d'affaires où il a été conclu que des dispositions constituaient une discrimination fondée sur l'âge et perpétuaient ce stéréotype négatif. Cependant, aucune de ces décisions ne concerne les régimes d'assurance-invalidité de longue durée. La Cour ne peut permettre que l'APAC fasse référence à des sources secondaires à l'appui de son argument, comme il a été mentionné précédemment, car aucune de ces sources secondaires n'a été soumise au T.C.D.P. ni dûment admise en preuve.

[91] Même si l'on admettait que les travailleurs âgés sont victimes de stéréotypes en milieu de travail et qu'ils ont subi certains désavantages associés à ces stéréotypes, la preuve ne suffit pas à étayer l'effet réel de la perte de prestations d'invalidité sur les travailleurs âgés, ni l'existence d'un lien clair entre la perte des prestations d'invalidité et les stéréotypes et désavantages allégués.

[92] Comme l'a reconnu l'APAC lors de l'audience devant le T.C.D.P., les alinéas 3b) et 5b) du Règlement créent une exception nécessaire à l'approche personnalisée qui, sinon, s'appliquerait sous le régime de la Loi. Les alinéas 3b) et 5b) [TRADUCTION] « reconnaissent la validité des principes de l'assurance, la nécessité de ces principes pour élaborer un régime d'assurance viable, et reconnaissent que ces principes ne sont pas fondés sur des stéréotypes dans le langage des droits de la personne; ils sont fondés sur une analyse statistique » (T.C.D.P., transcription, page 1369, lignes 14 à 21).

[93] L'article 15 garantit l'égalité réelle de tous les employés. Cela ne veut pas dire que tous les travailleurs auront à ce titre exactement la même couverture d'invalidité, ni qu'il y aura une égalité formelle entre les travailleurs âgés et les jeunes travailleurs : *Withler*, aux paragraphes 2 et 71; *Fraser*, au paragraphe 40. L'article 15 exige plutôt que tous les travailleurs soient admissibles à une forme d'indemnisation pour la perte de salaire en raison d'une invalidité. À mon avis, le T.C.D.P. a conclu à juste titre que ce droit à l'égalité était protégé par les alinéas 3b) et 5b) du Règlement et, du moins dans ses effets, par la disposition contestée.

[94] In my view, there is no violation of the substantive equality right under subsection 15(1) of the Charter by the Impugned Provision of paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations, as these paragraphs permit an acceptable balance that does not perpetuate a discriminatory disadvantage based on age.

IV. Conclusion

[95] For all of these reasons, it is my view that the application should be dismissed. As I have concluded that paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations do not violate subsection 15(1) of the Charter and the Decision is not in error, there is no basis for me to continue with a section 1 Charter analysis.

[96] The parties have agreed that costs should be fixed in an amount of \$3 000 (all inclusive) and I agree that this amount shall be awarded.

JUDGMENT in T-1588-19

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is dismissed.
2. The Respondent shall be awarded costs in an amount fixed at \$3 000.

[94] À mon avis, la disposition contestée des alinéas 3b) et 5b) du Règlement ne viole pas le droit à l'égalité réelle protégé par le paragraphe 15(1) de la Charte, car ces alinéas permettent un équilibre acceptable qui ne perpétue pas un désavantage discriminatoire fondé sur l'âge.

IV. Conclusion

[95] Pour tous ces motifs, je suis d'avis que la demande devrait être rejetée. Comme j'ai conclu que les alinéas 3b) et 5b) du Règlement ne contreviennent pas au paragraphe 15(1) de la Charte et que la décision n'est pas erronée, rien ne justifie que je procède à une analyse fondée sur l'article premier de la Charte.

[96] Les parties ont convenu que les dépens devraient être fixés à 3 000 \$ (tout compris) et j'accepte d'accorder ce montant.

JUGEMENT dans le dossier T-1588-19

LA COUR STATUE :

1. La demande de contrôle judiciaire est rejetée.
2. La défenderesse se voit accorder 3 000 \$ au titre des dépens.

CSIS-1-21
2022 FC 1444

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**

And in the matter of [*] threat-related activities**

INDEXED AS: CANADIAN SECURITY INTELLIGENCE SERVICE ACT (RE)

Federal Court, Crampton C.J.—Ottawa, January 25, February 9 and 10, March 23, and October 21, 2022.

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

*Security Intelligence — Supplemental warrant application pursuant to Canadian Security Intelligence Service Act (CSIS Act or Act), ss. 12, 21 in which Canadian Security Intelligence Service (CSIS) sought warrant powers to deploy new technological tool against existing targets of investigation being conducted — CSIS wanted to deploy particular new technology (Technology) within Canada in four specific ways without warrant, in course of investigations pursuant to Act, s. 12 — Three of those proposed uses of Technology would be solely within Canada, while fourth would be both within, outside Canada — Attorney General of Canada (AGC) conceded that utilization of Technology solely within Canada in each of those four proposed ways would constitute “search” within meaning of Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — However, AGC maintained that those ways of deploying Technology would not be “unreasonable” as contemplated by s. 8 — New tool is technology that has specific capabilities, which can be deployed within Canada in four specific ways that are minimally intrusive, such that those uses would be authorized under CSIS Act, s. 12 without need for warrant — Nevertheless, CSIS sought provisional [***] warrant for specific purposes involving several named subjects within Canada, out of abundance of caution to avoid violating Charter — While Technology initially used on pilot basis, CSIS suspended all use of Technology until it obtained further clarity about application of Charter, s. 8 to its collection activities against foreign nationals with no nexus to Canada — Two principal issues herein were whether CSIS Act, s. 12 authorizes CSIS to utilize Technology within Canada in four ways CSIS identified without warrant; whether CSIS Act, s. 12 authorizes CSIS to utilize Technology outside Canada against foreign nationals with no nexus to Canada, in*

CSIS-1-21
2022 CF 1444

Dans l'affaire concernant une demande présentée par [*] en vue d'obtenir des 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**

Et dans l'affaire concernant les activités de [*] liées à des menaces**

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

Cour fédérale, juge en chef Crampton—Ottawa, 25 janvier, 9 et 10 février, 23 mars et 21 octobre 2022.

Note de l'arrêstiste : Les sections caviardées par la Cour sont indiquées par [***].

*Renseignement de sécurité — Il s'agissait d'une demande supplémentaire de mandat présentée en vertu des articles 12 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (la Loi sur le SCRS ou la Loi) pour faire autoriser l'usage par le Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) d'un nouvel outil technologique à l'égard de personnes faisant l'objet d'une enquête — Le SCRS souhaitait adopter une nouvelle technologie particulière (la technologie) au Canada et l'utiliser à quatre fins précises sans mandat dans le cadre d'enquêtes menées conformément à l'article 12 de la Loi — Parmi les quatre usages proposés de la technologie, trois s'appliqueraient exclusivement au Canada, tandis qu'un quatrième s'appliquerait également à l'extérieur du Canada — Le procureur général du Canada (PGC) a admis que les quatre usages de la technologie proposés au Canada constitueraient des « fouilles » ou « perquisitions » au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'article 8 de la Charte canadienne des droits et libertés — Toutefois, le PGC a affirmé que ces fins proposées ne seraient pas « abusives » pour l'application de l'article 8 — Il s'agit d'une technologie à fonctionnalités précises, qui peut être utilisée au Canada à quatre fins précises qui sont minimalement envahissantes — Ainsi, ces usages seraient autorisés par l'article 12 de la Loi sur le SCRS, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir un mandat — Néanmoins, le SCRS a sollicité un mandat provisoire [***] à des fins précises impliquant des personnes faisant l'objet d'enquêtes au Canada, par excès de prudence, pour éviter d'enfreindre la Charte — Même si la technologie a d'abord été mise à l'essai dans le cadre d'un projet pilote, le SCRS a sursis à l'utilisation de la technologie le temps d'obtenir des précisions sur l'application de l'article 8 de la Charte à ses activités de collecte de renseignements sur*

more intrusive ways it identified without warrant — Was common ground between AGC, *amicus curiae* (*Amicus*) that each of four ways in which CSIS proposed to utilize Technology within Canada would constitute “search” within meaning of Charter, s. 8 — Was also common ground between AGC, *Amicus* that four proposed uses of Technology within Canada would be authorized by CSIS Act, s. 12 so long as they are only minimally intrusive in nature — Furthermore, AGC, *Amicus* agreed that s. 12 is reasonable law — Thus, law authorizing the proposed searches was reasonable — All four proposed uses of Technology within Canada were considered minimally intrusive of privacy interests of individuals whose data is collected; did not require warrants — Most conditions *Amicus* proposed on use of Technology were agreed to, in particular that there should be a limit on how long CSIS may retain incidentally collected data, that so long as certain additional general operating principles are followed, incidental collection of data pertaining to non-threat-related parties would not be unreasonable — With respect to assessment of proposed uses of Technology outside Canada, CSIS proposed to use Technology to collect data in two types of situations — Reasonable grounds to suspect requirement of CSIS Act, s. 12 would be satisfied in both of these types of situations — Furthermore, based on assessment made on CSIS’ proposed uses of Technology outside Canada, s. 12 authorizes degree of intrusiveness of proposed uses of Technology outside Canada without warrant — In conclusion, four proposed uses of Technology within Canada that CSIS proposed would not require warrant, conclusion that was premised on CSIS’s adherence to applicable operational principles, measures — Moreover, CSIS proposed uses of Technology outside Canada, against foreign nationals with no nexus to Canada, would also not require warrant — Technology may be deployed within Canada as proposed, without warrant; Technology may be deployed outside Canada against foreign nationals with no nexus to Canada, without warrant, in two types of situations described.

des ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada — Il s’agissait de savoir si l’article 12 de la Loi sur le SCRS autorise le SCRS à utiliser la technologie au Canada aux quatre fins qu’il a précisées, et ce sans mandat; et si l’article 12 de la Loi sur le SCRS autorise le SCRS à utiliser la technologie à l’extérieur du Canada à l’égard de ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada de la manière plus envahissante qu’il a précisée, et ce sans mandat — Le PGC et l’*amicus curiae* (l’*amicus*) s’entendaient pour dire que les quatre usages de la technologie proposés par le SCRS au Canada constitueraient des fouilles ou perquisitions au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’article 8 de la Charte — Le PGC et l’*amicus* s’entendaient également pour dire que les quatre usages proposés de la technologie au Canada seraient autorisés par l’article 12 de la Loi sur le SCRS, dès lors que, de par leur nature, ils sont minimalement envahissants — De plus, le PGC et l’*amicus* s’entendaient pour dire que l’article 12 n’a rien d’abusif — Ainsi, la loi ayant autorisé les fouilles ou perquisitions proposées n’avait rien d’abusif — Les quatre usages proposés de la technologie au Canada étaient considérés comme minimalement envahissants en ce qui a trait aux intérêts en matière de vie privée de personnes dont les données sont recueillies; et ne nécessiteraient pas l’obtention d’un mandat — La plupart des conditions proposées par l’*amicus* pour l’usage de la technologie ont été acceptées, entre autres la nécessité de définir un délai de conservation par le SCRS des données recueillies de manière incidente — Dès lors que certains autres principes généraux sont suivis, la collecte incidente de données relatives à des tiers non liés à des menaces ne serait pas effectuée de manière abusive — En ce qui concerne l’évaluation des usages proposés de la technologie à l’extérieur du Canada, le SCRS a proposé de recourir à la technologie pour recueillir les données dans deux situations — Il serait satisfait au critère des motifs raisonnables de soupçonner que prévoit l’article 12 de la Loi sur le SCRS dans les deux situations — De plus, selon l’évaluation des usages proposés par le SCRS de la technologie à l’extérieur du Canada, l’article 12 autorise la portée envahissante de ces usages proposés de la technologie à l’extérieur du Canada sans mandat — En conclusion, les quatre usages proposés par le SCRS de la technologie au Canada ne nécessiteraient pas l’obtention d’un mandat, une conclusion qui tenait pour acquis que les principes opérationnels et les mesures seraient suivis par le SCRS — Également, les usages proposés par le SCRS de la technologie à l’extérieur du Canada à l’égard de ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada ne nécessiteraient pas non plus l’obtention d’un mandat — La technologie peut être utilisée au Canada, comme proposée, sans mandat; la technologie peut être utilisée à l’extérieur du Canada à l’égard de ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada, sans mandat, dans les deux situations décrites.

(CSIS) sought to deploy new technological tool against existing targets of investigation being conducted — CSIS wanted to deploy particular new technology (Technology) within Canada in four specific ways without warrant, in course of investigations pursuant to Canadian Security Intelligence Service Act (CSIS Act or Act), s. 12 — Three of those proposed uses of Technology would be solely within Canada, while fourth would be both within, outside Canada — Thus, had to be determined whether CSIS Act, s.12 authorizes CSIS to utilize Technology outside Canada against foreign nationals with no nexus to Canada, in more intrusive ways it identified without warrant — AGC, amicus curiae (Amicus) agreed that each of four ways in which CSIS proposed to utilize Technology within Canada would constitute “search” within meaning of Charter, s. 8 — However, AGC, Amicus disagreed about whether use of Technology outside Canada in relation to foreigners having no nexus to Canada would constitute such a “search” — Was common ground between AGC, Amicus that four proposed uses of Technology within Canada would be authorized by CSIS Act, s. 12 so long as they are only minimally intrusive in nature — Furthermore, AGC, Amicus agreed that s. 12 is reasonable law — Thus, law authorizing the proposed searches was reasonable — With respect to assessment of proposed uses of Technology outside Canada, CSIS proposed to use Technology to collect data in two types of situations — Reasonable grounds to suspect requirement of CSIS Act, s. 12 would be satisfied in both of these types of situations — Under Charter, s. 8, word “everyone” to be interpreted consistently with manner it is interpreted in connection with other sections of Charter — Based on case law examined, foreign nationals who do not have one of three recognized grounds of nexus to Canada ((i) Canadian citizenship, (ii) physical presence in Canada, (iii) being subject to criminal proceedings in Canada) do not come within scope of term “everyone” in Charter, s. 8 — Subsection 12(2) explicitly authorizing CSIS to perform its duties, functions under subsection (1) within or outside Canada — In absence of any requirement for CSIS to obtain prior judicial authorization, under Charter or otherwise, before engaging in intrusive uses of Technology outside Canada that were at issue in this case, such investigative activities would not require warrant — Finally, no evidence produced suggesting warrantless uses of Technology proposed by CSIS would contravene or otherwise offend international law — Thus, no principle of international law existing that would prevent CSIS from using Technology abroad against foreign nationals with no nexus to Canada in more than minimally intrusive ways that it proposed.

renseignement de sécurité (SCRS) cherchait à faire autoriser l’usage d’un nouvel outil technologique à l’égard de personnes faisant l’objet d’une enquête — Le SCRS souhaitait adopter une nouvelle technologie particulière (la technologie) au Canada et l’utiliser à quatre fins précises sans mandat dans le cadre d’enquêtes menées conformément à l’article 12 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (la Loi sur le SCRS ou la Loi) — Parmi les quatre usages proposés de la technologie, trois s’appliqueraient exclusivement au Canada, tandis qu’un quatrième s’appliquerait également à l’extérieur du Canada — Par conséquent, il s’agissait de déterminer si l’article 12 de la Loi sur le SCRS autorise le SCRS à utiliser la technologie à l’extérieur du Canada à l’égard de ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada de la manière plus envahissante qu’il a précisée, et ce sans mandat — Le PGC et l’amicus s’entendaient pour dire que les quatre usages de la technologie proposés par le SCRS au Canada constitueraient des fouilles ou perquisitions au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’article 8 de la Charte — Cependant, le PGC et l’amicus divergeaient d’opinion quant à savoir si le recours à la technologie à l’extérieur du Canada à l’égard d’étrangers dépourvus de tout lien avec le Canada constituerait également des fouilles ou perquisitions — Le PGC et l’amicus curiae (l’amicus) s’entendaient pour dire que les quatre usages proposés de la technologie au Canada seraient autorisés par l’article 12 de la Loi sur le SCRS, dès lors que, de par leur nature, ils sont minimalement envahissants — De plus, le PGC et l’amicus s’entendaient pour dire que l’article 12 n’a rien d’abusif — Ainsi, la loi ayant autorisé la fouille ou perquisition n’avait rien d’abusif — En ce qui concerne l’évaluation des usages proposés de la technologie à l’extérieur du Canada, le SCRS a proposé de recourir à la technologie pour recueillir les données dans deux situations — Il serait satisfait au critère des motifs raisonnables de soupçonner que prévoit l’article 12 de la Loi sur le SCRS dans les deux situations — En vertu de la Charte, le mot « chacun » doit être interprété invariablement de la même manière à l’article 8 qu’aux autres dispositions de la Charte — À la lumière de la jurisprudence analysée, les ressortissants étrangers qui n’ont pas l’un des trois liens reconnus avec le Canada ((i) citoyenneté canadienne, (ii) présence au Canada ou (iii) faire l’objet de poursuites pénales au Canada), ne sont pas visés par le mot « chacun » qui figure à l’article 8 de la Charte — Le paragraphe 12(2) habilite expressément le SCRS à exercer les fonctions que le paragraphe (1) lui confère même à l’extérieur du Canada — Comme le SCRS n’est pas contraint d’obtenir une autorisation judiciaire préalable, en application de la Charte ou d’une autre règle de droit, pour utiliser la technologie aux fins envahissantes à l’extérieur du Canada qui étaient en cause dans la présente instance, de telles activités ne nécessiteraient pas l’obtention d’un mandat — Finalement, aucun argument n’a été présenté au soutien de la thèse selon laquelle les usages sans mandat de la technologie proposés par le SCRS seraient contraires au droit international ou à son esprit — Par conséquent, aucun principe de droit

This was a supplemental warrant application pursuant to sections 12 and 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act or Act) in which the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) sought warrant powers to deploy a new technological tool against existing targets of an investigation being conducted. CSIS wanted to deploy a particular new technology (the Technology) within Canada in four specific ways without a warrant, in the course of investigations pursuant to section 12 of the Act. Three of those proposed uses of the Technology would be solely within Canada, while the fourth would involve collecting data from devices both within and outside Canada. The Attorney General of Canada (AGC) conceded that the utilization of the Technology solely within Canada in each of those four proposed ways would constitute a “search” within the meaning of section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However, the AGC maintained that those ways of deploying the Technology would not be “unreasonable” as contemplated by section 8. This is because (i) they would be “minimally intrusive” and therefore authorized by section 12 of the CSIS Act; (ii) section 12 is a reasonable law; and (iii) the “searches” would be carried out in a reasonable manner.

The new tool is a technology that has specific capabilities. The AGC submitted that the Technology can be deployed within Canada in four specific ways that are minimally intrusive, such that those uses would be authorized under section 12 of the CSIS Act, without the need for a warrant. Nevertheless, CSIS sought a provisional [***] warrant (Provisional Warrant) for specific purposes involving several named subjects within Canada. Initially, the AGC explained that the requested powers could be justified as minimally intrusive under s. 12 of the CSIS Act without the need for a warrant. However, the warrant was being sought out of an abundance of caution to avoid inadvertently violating the Charter while (i) CSIS gained a better understanding of the data that would be returned through the [Technology], and (ii) the Court considered whether that particular use of data could be authorized under section 12 of the CSIS Act alone. On the same date that the Provisional Warrant was issued, a second warrant was issued authorizing CSIS to deploy the Technology in a manner that CSIS acknowledged was more than minimally intrusive. While both warrants expired in 2022, new warrants were issued. Those warrants were issued on the understanding that CSIS would bring an application to cancel or amend the extended Provisional Warrant based on the decision that was rendered herein. To assist the Court in addressing the legal issues raised by the application, an *amicus curiae* (the *Amicus*) was appointed in this case.

international en vigueur n'interdirait les usages plus que minimalement envahissants de la technologie proposés par le SCRS sans mandat à l'égard de ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada à l'extérieur du Canada.

Il s'agissait d'une demande supplémentaire de mandat présentée en vertu des articles 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (la Loi sur le SCRS ou la Loi) pour faire autoriser l'usage par le Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) d'un nouvel outil technologique à l'égard de personnes faisant l'objet d'une enquête. Le SCRS souhaitait adopter une nouvelle technologie particulière (la technologie) au Canada et l'utiliser à quatre fins précises sans mandat dans le cadre d'enquêtes menées conformément à l'article 12 de la Loi. Parmi les quatre usages proposés de la technologie, trois s'appliqueraient exclusivement au Canada, tandis qu'un quatrième s'appliquerait également à l'extérieur du Canada. Le procureur général du Canada (PGC) a admis que les quatre usages de la technologie proposés au Canada constitueraient des « fouilles » ou « perquisitions » au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Toutefois, il a affirmé que ces fins proposées ne seraient pas « abusives » pour l'application de l'article 8. En effet, (i) elles seraient minimalement envahissantes et seraient donc permises par l'article 12 de la Loi sur le SCRS; (ii) l'article 12 n'a rien d'abusif; (iii) les fouilles ou perquisitions ne seraient pas effectuées d'une manière abusive.

Le nouvel outil est une technologie à fonctionnalités précises. Le PGC a affirmé que la technologie peut être utilisée au Canada à quatre fins précises qui sont minimalement envahissantes. Ainsi, ces usages seraient autorisés par l'article 12 de la Loi sur le SCRS, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir un mandat. Néanmoins, le SCRS a sollicité un mandat provisoire [***] (le mandat provisoire) à des fins précises impliquant des personnes faisant l'objet d'enquêtes au Canada. Initialement, le PGC a expliqué que les pouvoirs sollicités sont justifiés, car ils sont minimalement envahissants pour l'application de l'article 12 de la Loi sur le SCRS, et ne nécessitent pas de mandat. Il sollicitait néanmoins le mandat par excès de prudence, pour éviter d'enfreindre la Charte par inadvertance, pendant que (i) le SCRS se familiarise avec les données qui résulteront de l'utilisation de la [technologie], et (ii) pendant que la Cour considère si cet usage particulier des données peut être autorisée en vertu de l'article 12 de la Loi sur le SCRS. Le jour même où le mandat provisoire a été décerné, un second mandat a été décerné, autorisant le PGC à utiliser la technologie à des fins reconnues par le SCRS et qui ne sont pas minimalement envahissantes. Bien que les deux mandats aient expiré en 2022, de nouveaux mandats ont été décernés. Ces mandats étaient subordonnés à l'engagement du SCRS suivant lequel il présenterait une demande d'annulation ou de modification du mandat provisoire prolongé suivant la décision rendue en l'espèce.

CSIS first used the Technology on a pilot basis for several months in 2018. During that period, it was used without a warrant a number of times against Canadian and non-Canadian subjects of investigation located in Canada and abroad. However, after privacy issues were raised internally, the pilot project was terminated in July 2018. After that time, use of the Technology was confined to investigative activities in relation to foreign nationals located outside Canada without a nexus to Canada, and others. In July 2020, CSIS suspended all use of the Technology until it obtained further clarity about the application of section 8 of the Charter to its collection activities against foreign nationals with no nexus to Canada.

The two principal issues in this proceeding were whether section 12 of the CSIS Act authorizes CSIS to utilize the Technology within Canada in the four ways CSIS identified without a warrant and; whether section 12 of the CSIS Act authorizes CSIS to utilize the Technology outside Canada against foreign nationals with no nexus to Canada, and in the more intrusive ways it identified without a warrant.

Held, the Technology may be deployed within Canada as proposed, without a warrant; the Technology may be deployed outside Canada against foreign nationals with no nexus to Canada, without a warrant, in the two types of situations described.

In the present proceeding, it was common ground between the AGC and the *Amicus* that each of the four ways in which CSIS proposed to utilize the Technology within Canada would constitute a “search” within the meaning of section 8 of the Charter. This was because individuals in Canada have a reasonable expectation of privacy in specific data that are accessible through the Technology. However, the AGC and the *Amicus* disagreed about whether the use of the Technology outside Canada in relation to foreigners who have no nexus to Canada would constitute such a “search”. As to whether the proposed uses of the Technology within Canada constituted an “unreasonable” search, warrantless searches such as those proposed in the present proceeding are presumptively unreasonable. However, that presumption may be rebutted by demonstrating that: (i) the searches are authorized by law, (ii) the law is reasonable, and (iii) the searches will be carried out in a reasonable manner. It was common ground between the AGC and the *Amicus* that the four proposed uses of the Technology within Canada would be authorized by section 12 of the CSIS Act, so long as they are only minimally intrusive

Pour aider la Cour dans son analyse des questions juridiques que soulevait la demande, un *amicus curiae* (l'*amicus*) a été nommé dans ce dossier.

Le SCRS a mis la technologie à l'essai dans le cadre d'un projet pilote pendant plusieurs mois en 2018. Pendant cette période, il l'a utilisée sans mandat à plusieurs reprises à l'égard de personnes faisant l'objet d'une enquête, canadiennes ou non, se trouvant au Canada ou à l'étranger. Cependant, des questions relatives à la protection des renseignements personnels ayant été soulevées au sein du SCRS, il a été mis fin au projet pilote en juillet 2018. Par la suite, la technologie a servi exclusivement aux activités d'enquête visant des ressortissants étrangers se trouvant à l'extérieur du Canada et dépourvus de lien avec le Canada, et autres. En juillet 2020, le SCRS a sursis à l'utilisation de la technologie le temps d'obtenir des précisions sur l'application de l'article 8 de la Charte à ses activités de collecte de renseignements sur des ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada.

Il s'agissait de savoir si l'article 12 de la Loi sur le SCRS autorise le SCRS à utiliser la technologie au Canada aux quatre fins qu'il a précisées, et ce sans mandat; et si l'article 12 de la Loi sur le SCRS autorise le SCRS à utiliser la technologie à l'extérieur du Canada à l'égard de ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada de la manière plus envahissante qu'il a précisée, et ce sans mandat.

Jugement : la technologie peut être utilisée au Canada, comme proposée, sans mandat; la technologie peut être utilisée à l'extérieur du Canada à l'égard de ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada, sans mandat, dans les deux situations décrites.

En l'espèce, le PGC et l'*amicus* s'entendaient pour dire que les quatre usages de la technologie proposés par le SCRS au Canada constitueraient des fouilles ou perquisitions au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'article 8. En effet, les personnes au Canada ont une attente raisonnable en matière de vie privée en ce qui a trait aux données susceptibles d'être obtenues au moyen de la technologie. Cependant, le PGC et l'*amicus* divergeaient d'opinion quant à savoir si le recours à la technologie à l'extérieur du Canada à l'égard d'étrangers dépourvus de tout lien avec le Canada constituerait également des fouilles ou perquisitions. Pour ce qui est de la question de savoir si les usages proposés de la technologie au Canada constitueraient des fouilles ou perquisitions abusives, les fouilles et perquisitions exécutées sans mandat, comme celles qui étaient proposées dans la présente affaire, sont présumées abusives. Or, cette présomption peut être réfutée. Il s'agit de démontrer (i) que la fouille ou perquisition est autorisée par la loi, (ii) que la loi elle-même n'a rien d'abusif et (iii) que la fouille ou perquisition n'a pas été effectuée de manière abusive. Le PGC et l'*amicus* s'entendaient pour dire que les

in nature. Furthermore, the AGC and the *Amicus* agreed that section 12 is a reasonable law although the *Amicus* maintained that the analysis of this second prong of the tripartite test for assessing the reasonableness of the proposed searches should not end there. The law authorizing the proposed searches was reasonable.

As to whether the searches would be carried out in a reasonable manner, the first proposed use of the technology within Canada is minimally intrusive of the informational and territorial privacy interests of CSIS's subjects of investigation, and also would not give rise to an "unreasonable" search within the meaning of section 8 of the Charter. Consequently, this use would be authorized under section 12 of the CSIS Act, without the need for a warrant. This is subject to the requirement to destroy information that is incidentally collected from non-threat-related third parties quickly and before assessing that information in any manner whatsoever. It would not be appropriate to impose a requirement in connection with the first of the proposed uses of the Technology, or indeed with respect to any of the three other proposed uses, within Canada. The very small intrusion into the privacy rights of third parties that this technology involves would not be unreasonable. This is because it would be outweighed by the value of the intelligence that the Technology would enable CSIS to obtain. The *Amicus* proposed conditions to ensure that the proposed uses of the Technology would be carried out in a reasonable manner, which required the imposition of specific limitations on CSIS's ability to (i) share specific data, and (ii) retain incidentally collected data pertaining to innocent third parties. However, the condition it proposed that specific collected data not be shared with domestic or foreign agencies for various reasons was not agreed upon. This was because a prohibition on sharing specific data with domestic and foreign partners would be contrary to the CSIS Act and the governing case law. In particular, subsection 19(2) authorizes CSIS to disclose information obtained in the performance of its duties and functions under that legislation, for several specific purposes. The risk of non-threat-related data being disclosed to a foreign partner, or to a domestic partner outside the restricted circumstances described in that provision, would be very low. This is because such disclosure would presumably be confined to situations where the information was mistakenly assessed as threat-related. Thus, it would not be appropriate to limit CSIS's ability to share specific data with foreign or domestic partners. In summary there should be a limit on how long CSIS may retain incidentally collected data. So long as certain additional general operating principles are followed, the incidental collection of data pertaining to non-threat-related parties would not be unreasonable.

quatre usages proposés de la technologie au Canada seraient autorisés par l'article 12 de la Loi sur le SCRS, dès lors que, de par leur nature, ils sont minimalement envahissants. De plus, le PGC et l'*amicus* étaient d'accord pour dire que l'article 12 n'a rien d'abusif, même si, selon l'*amicus*, l'examen du second volet de ce critère à trois volets ne devrait pas s'arrêter là. La loi ayant autorisé les fouilles ou perquisitions proposées n'avait rien d'abusif.

Pour ce qui est de la question de savoir si les fouilles ou perquisitions seraient effectuées d'une manière qui n'est pas abusive, le premier usage proposé de la technologie au Canada porte une atteinte minimale aux intérêts en matière de vie privée des personnes faisant l'objet d'enquêtes du SCRS sur les plans informationnels et géographiques et également ne constituerait pas une fouille ou perquisition « abusive » au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'article 8 de la Charte. Par conséquent, cet usage serait autorisé par l'article 12 de la Loi sur le SCRS, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir un mandat, à condition que les renseignements recueillis de manière incidente sur des tiers qui ne présentent pas de menace soient supprimés rapidement, avant tout examen. Il ne serait pas judicieux d'assortir d'une condition le premier usage proposé de la technologie, ni les autres usages proposés, au Canada. Pareille atteinte minime aux droits à la vie privée de tiers ne serait pas abusive. En effet, la valeur des renseignements que la technologie permettrait au SCRS d'obtenir l'emporterait sur toute atteinte. L'*amicus* a proposé des conditions pour que les usages proposés de la technologie ne soient pas jugés abusifs lesquelles demandaient que soit imposé des limites précises sur le pouvoir du SCRS de (i) communiquer les données précises et de (ii) conserver les données recueillies de manière incidente à l'égard de tiers innocents. Cependant, la condition proposée portant que les données précises recueillies ne soient pas communiquées à des organismes canadiens ou étrangers n'a pas été acceptée. Cela s'expliquait par le fait qu'interdire la communication des données précises aux partenaires canadiens et étrangers irait à l'encontre de la Loi sur le SCRS et de la jurisprudence applicable. Plus précisément, le paragraphe 19(2) habilite le SCRS à communiquer les renseignements qu'il obtient dans l'exercice de ses fonctions prévues à la loi à des fins précises. Le risque de communication de données non liées à des menaces à un partenaire étranger — ou à un partenaire canadien en dehors des circonstances limitées précisées à cette disposition — est très faible. Selon toute probabilité, une telle communication serait limitée aux situations où l'évaluation des renseignements révèle à tort une menace. Par conséquent, il ne serait pas judicieux d'entraver la capacité du SCRS à communiquer des données précises à ses partenaires canadiens ou étrangers. En bref, il faut définir un délai de conservation des données recueillies de manière incidente par le SCRS. Dès lors que certains autres principes généraux sont suivis, la collecte incidente de données relatives à des tiers non liés à des menaces ne serait pas effectuée de manière abusive.

Regarding the second proposed use of the Technology within Canada, it would be deployed against known targets of CSIS investigations within Canada. Turning to the degree of intrusiveness of this second proposed use of the Technology, with one exception, it would not be any more intrusive than the first proposed use, insofar as the privacy interests of individuals whose data is collected are concerned. The second proposed use would not enable CSIS to access (i) the content of any communications made with the devices in question, or (ii) any information stored on or accessible through those devices. Likewise, CSIS would again have a strong “built-in” incentive to minimize the extent to which specific data of non-threat-related parties would be collected. It would not be appropriate to impose as a condition that collected data not be shared with domestic or foreign agencies for the same reasons discussed under the first proposed use. With respect to incidentally collected data, subject to one caveat, use of the Technology would only meet the requirements of section 8 of the Charter if such data were treated in accordance with the principles discussed above for the first proposed use, i.e. that there should be a limit on how long CSIS may retain incidentally collected data.

As for the third proposed use of the Technology within Canada, the AGC rightly submitted that this proposed use would be minimally intrusive for the same reasons as in relation to the second proposed use as long as the operational principles and measures discussed above were followed. The first two conditions agreed upon for the other uses were appropriate. The *Amicus* proposed a third condition, which tracked the wording of the third of the four types of threats to the security of Canada defined in section 2 of the CSIS Act. There was no principled basis for limiting this third proposed use of the Technology to only one of the four types of threats to the security of Canada described in section 2 of the CSIS Act. Moreover, as a practical matter, such a condition could well create blind spots in CSIS’s ability to assess such threats.

Concerning the fourth proposed use of the technology within Canada, it involved investigative activity both outside and within Canada. This use of the Technology would be minimally intrusive. This was so for essentially the same reason that the deployment of the Technology in the second and third proposed uses would be minimally intrusive. While the capture of this information might ultimately enable CSIS to [***], this alone is minimally intrusive. Given that information obtained in the fourth proposed use would be [***] than in the second and third proposed uses, it would be even more minimally invasive. It followed that the fourth proposed use of the Technology would not require a warrant.

En ce qui concerne le deuxième usage proposé de la technologie au Canada, il viserait des personnes connues faisant l’objet d’enquêtes du SCRS au Canada. À une exception près, le deuxième usage de la technologie ne serait pas plus envahissant que le premier, en ce qui a trait aux intérêts en matière de vie privée des personnes dont les données sont recueillies. Le deuxième usage proposé ne permettrait pas au SCRS de voir (i) la teneur de communications faites au moyen de l’appareil en question ou (ii) les renseignements stockés dans l’appareil ou accessibles par ce dernier. De même, le SCRS aurait tout avantage à limiter la collecte de données précises de tiers non liés à des menaces. Il ne serait pas judicieux d’imposer comme condition que les données recueillies ne soient pas communiquées aux organismes canadiens ou étrangers pour les mêmes raisons que celles discutées à l’égard du premier usage proposé. En ce qui concerne les données recueillies de manière incidente, à une exception près, cet usage de la technologie ne satisfait à l’article 8 de la Charte que si les données recueillies de manière incidente sont traitées suivant les principes énoncés ci-dessus à l’égard du premier usage, c.-à-d. qu’il faut définir un délai de conservation des données recueillies de manière incidente par le SCRS.

En ce qui concerne le troisième usage proposé de la technologie au Canada, le PGC a soutenu avec raison que cet usage proposé serait minimalement envahissant pour les mêmes raisons que celles énoncées à l’égard du second usage, tant que les principes opérationnels et les mesures traités ci-dessus sont suivis. Les deux premières conditions convenues pour les autres usages étaient judicieuses. L’*amicus* a proposé une troisième condition, qui reprenait le libellé du troisième des quatre types de menaces envers la sécurité du Canada, dont la définition figure à l’article 2 de la Loi sur le SCRS. Aucune raison ne justifiait qu’on limite le troisième usage proposé de la technologie à un seul des quatre types de menaces envers la sécurité du Canada décrits à l’article 2 de la Loi sur le SCRS. En outre, sur le plan pratique, pareille condition serait susceptible d’enlever la capacité du SCRS à évaluer les menaces.

En ce qui concerne le quatrième usage proposé de la technologie au Canada, il faisait intervenir des activités d’enquête se déroulant également à l’étranger. Cet usage de la technologie serait minimalement envahissant, à l’instar des deuxième et troisième usages, pour essentiellement les mêmes motifs. Certes, la collecte de tels renseignements est susceptible d’aider le SCRS à [***]. Or, ces renseignements à eux seuls sont minimalement envahissants. Comme les renseignements obtenus au moyen du quatrième usage seraient [***] que ceux qui résulteraient des deuxième et troisième usages proposés, ils seraient encore moins envahissants que ces derniers. Il s’ensuivait que le quatrième usage proposé de la technologie ne requiert pas l’obtention d’un mandat.

With respect to the assessment of the proposed uses of the Technology outside Canada CSIS proposed to use the Technology to collect data in two types of situations. The reasonable grounds to suspect requirement of section 12 of the CSIS Act would be satisfied in both of these types of situations. Accordingly, what remained to be determined was whether section 12 authorizes the degree of intrusiveness of these proposed uses of the Technology, outside Canada, without a warrant. This issue could be determined by answering three different questions, which were: (1) whether foreign nationals with no nexus to Canada come within the scope of the word “everyone” in section 8 of the Charter; (2) whether section 12 authorizes investigative activities outside Canada that are more than minimally intrusive, when they are conducted against foreign nationals who have no rights under the Charter; and (3) whether there is any principle of international law that would prevent CSIS from using the Technology abroad against foreign nationals with no nexus to Canada, in the more than minimally intrusive ways that it has proposed. Section 8 of the Charter states: “Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.” The word “everyone” should be interpreted consistently with the manner in which it has been interpreted in connection with other sections of the Charter. To give the term “everyone” a broader interpretation under section 8 than it has received in those other contexts (e.g., sections 2, 7, 9, 10 and 12) would have the effect of elevating the rights protected by section 8 over those protected by other sections of the Charter. Based on the case law examined, foreign nationals who do not have one of the three recognized grounds of nexus to Canada ((i) Canadian citizenship, (ii) physical presence in Canada, or (iii) being subject to criminal proceedings in Canada) do not come within the scope of the term “everyone” in section 8 of the Charter. Consequently, foreign nationals who have no recognized nexus to Canada have no rights under section 8 of the Charter. Therefore, the first question was answered in the negative. As for the second question, in the present context, the relevant law was section 12 of the CSIS Act. Subsection 12(2) explicitly authorizes CSIS to “perform its duties and functions under subsection (1) within or outside Canada.” In the absence of any requirement for CSIS to obtain prior judicial authorization, whether under the Charter or otherwise, before engaging in the intrusive uses of the Technology outside Canada that were at issue in this case, such investigative activities would not require a warrant. That is to say, CSIS would not require a warrant to deploy the Technology outside Canada in the manner that it proposed. Accordingly, this second question was answered in the affirmative. Finally regarding the third question, the *Amicus* did not produce anything to suggest that the warrantless uses of the Technology proposed by CSIS in the proceeding would contravene or otherwise offend international law. Thus, there was no principle of international law that would prevent CSIS from using the Technology abroad against foreign nationals with no nexus

En ce qui concerne l'évaluation des usages proposés de la technologie à l'extérieur du Canada le SCRS a proposé de recourir à la technologie pour recueillir les données dans deux situations. Il serait satisfait au critère des motifs raisonnables de soupçonner que prévoit l'article 12 de la Loi sur le SCRS dans les deux situations. Ainsi, il restait à décider si l'article 12 autorise la portée envahissante de ces usages proposés de la technologie à l'extérieur du Canada sans mandat. Cette question pouvait être tranchée en répondant aux trois questions suivantes : 1) Les ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada sont-ils visés par le mot « chacun » qui figure à l'article 8 de la Charte? 2) L'article 12 autorise-t-il les activités d'enquête plus que minimalement envahissantes à l'extérieur du Canada visant des ressortissants étrangers qui ne sont pas protégés par la Charte? 3) Un principe de droit international empêche-t-il les usages plus que minimalement envahissants proposés par le SCRS de la technologie à l'extérieur du Canada à l'égard de ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada? L'article 8 de la Charte est ainsi libellé : « [c]hacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ». Le mot « chacun » doit être interprété invariablement de la même manière à l'article 8 qu'aux autres dispositions de la Charte. Donner au mot « chacun » une interprétation plus large à l'article 8 qu'à d'autres dispositions (p. ex., articles 2, 7, 9, 10 et 12) aurait pour effet d'élever les droits protégés par cette disposition au-dessus de ceux que protègent d'autres dispositions de la Charte. À la lumière de la jurisprudence analysée, les ressortissants étrangers qui n'ont pas l'un des trois liens reconnus avec le Canada ((i) citoyenneté canadienne, (ii) présence au Canada ou (iii) faire l'objet de poursuites pénales au Canada) ne sont pas visés par le mot « chacun » qui figure à l'article 8 de la Charte. Par conséquent, les ressortissants étrangers dépourvus de lien reconnu avec le Canada ne peuvent invoquer les droits prévus à l'article 8 de la Charte. La réponse à la première question était donc non. En ce qui concerne la deuxième question, en l'occurrence, la loi pertinente était l'article 12 de la Loi sur le SCRS. Le paragraphe 12(2) habilite expressément le SCRS à « exercer les fonctions que le paragraphe (1) lui confère même à l'extérieur du Canada ». Comme le SCRS n'est pas contraint d'obtenir une autorisation judiciaire préalable, en application de la Charte ou d'une autre règle de droit, pour utiliser la technologie aux fins envahissantes à l'extérieur du Canada qui étaient en cause dans la présente instance, de telles activités ne nécessitent pas l'obtention d'un mandat. Autrement dit, le SCRS n'est pas tenu d'obtenir un mandat à l'égard des usages proposés de la technologie à l'extérieur du Canada. Par conséquent, la réponse à la deuxième question était oui. Finalement, en ce qui concerne la troisième question, l'*amicus* n'a présenté aucun argument à la Cour au soutien de sa thèse selon laquelle les usages sans mandat de la technologie proposés par le SCRS dans la présente instance seraient contraires au droit international ou à son esprit. Par conséquent, aucun principe de droit

to Canada, in the more than minimally intrusive ways that it proposed. Contrary to the *Amicus*' suggestion, this does not give CSIS a "blank cheque in regard to searches of foreign nationals." Among other things, CSIS would remain subject to the limitations of section 12, including the "reasonable grounds to [suspect]" and "strictly necessary" requirements. In addition, the CSIS Act contains accountability measures that ensure oversight of CSIS's activities under section 12. Therefore, the third question was answered in the negative.

In conclusion, the four proposed uses of the Technology within Canada that CSIS proposed would not require a warrant, a conclusion that was premised on CSIS's adherence to applicable operational principles and measures. Also, CSIS proposed uses of the Technology outside Canada, against foreign nationals with no nexus to Canada, would also not require a warrant.

international n'interdisait les usages plus que minimalement envahissants de la technologie proposés par le SCRS sans mandat à l'égard de ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada à l'extérieur du Canada. Contrairement à ce qu'a affirmé l'*amicus*, cette interprétation ne revenait pas à donner au SCRS « carte blanche en matière de fouille et de perquisition à l'égard de ressortissants étrangers ». Entre autres, le SCRS serait toujours assujéti aux balises énoncées à l'article 12, dont les critères des « motifs raisonnables de soupçonner » et de « la mesure strictement nécessaire ». En outre, la Loi sur le SCRS prévoit des mesures de surveillance des activités du SCRS sous le régime de l'article 12. La réponse à la troisième question était donc non.

En conclusion, les quatre usages proposés par le SCRS de la technologie au Canada ne nécessitent pas l'obtention d'un mandat, une conclusion qui tenait pour acquis que les principes opérationnels et les mesures seraient suivis par le SCRS. Également, les usages proposés par le SCRS de la technologie à l'extérieur du Canada à l'égard de ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada ne nécessiteraient pas non plus l'obtention d'un mandat.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Avoiding Complicity in Mistreatment by Foreign Entities Act, S.C. 2019, c. 13, s. 49.1.
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. 2, 7, 8, 10, 12, 15.
Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 2, 11.01–11.25, 12, 16, 17, 19, 21.
Directions for Avoiding Complicity in Mistreatment by Foreign Entities (Director of the Canadian Security Intelligence Service), P.C. 2019-1302.

CASES CITED

APPLIED:

X (Re), 2017 FC 1047, [2018] 3 F.C.R. 111; *Canadian Security Intelligence Services Act (Re)*, 2020 FC 697, [2021] 2 F.C.R. 289; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *Slahi v. Canada (Justice)*, 2009 FC 160, [2009] 3 F.C.R. D-5, aff'd 2009 FCA 259; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *X (Re)*, 2014 FCA 249, [2015] 1 F.C.R. 684.

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. 2, 7, 8, 10, 12, 15.
Instructions visant à éviter la complicité dans les cas de mauvais traitements infligés par des entités étrangères (Directeur du Service canadien du renseignement de sécurité), C.P. 2019-1302.
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 2, 11.01–11.25, 12, 16, 17, 19, 21.
Loi visant à éviter la complicité dans les cas de mauvais traitements infligés par des entités étrangères, L.C. 2019, ch. 13, art. 49.1.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

X (Re), 2017 CF 1047, [2018] 3 R.C.F. 111; *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2020 CF 697, [2021] 2 R.C.F. 289; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *Slahi c. Canada (Justice)*, 2009 CF 160, [2009] 3 R.C.F. F-6, conf. par 2009 CAF 259; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *X (Re)*, 2014 CAF 249, [2015] 1 R.C.F. 684.

CONSIDERED:

Hunter et al. v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Mills*, 2019 SCC 22, [2019] 2 S.C.R. 320; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220; *R. v. Cornell*, 2010 SCC 31, [2010] 2 S.C.R. 142; *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *Tabingo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 377, [2014] 4 F.C.R. 150, *affd Austria v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 191, *sub nom. Tabingo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2015] 3 F.C.R. 346; *Amnesty International Canada v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 336, *sub nom. Amnesty International Canada v. Canada (Chief of the Defence Staff)*, [2008] 4 F.C.R. 546, *affd* 2008 FCA 401, [2009] 4 F.C.R. 149; *Jia v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 596, [2015] 3 F.C.R. 143.

REFERRED TO:

Canadian Security Intelligence Services Act (Re), 2021 FCA 92, [2021] 4 F.C.R. 41; *Canadian Security Intelligence Services Act (Re)*, 2020 FC 616, [2021] 1 F.C.R. 417; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, 73 D.L.R. (4th) 596; *R. v. Baskaran*, 2020 ONCA 25, 149 O.R. (3d) 409; *R. v. Brewster*, 2016 ONSC 4133 (CanLII); *X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396; *Sections 12 and 21 of the Canadian Security Intelligence Service Act, RSC 1985, c C-23 (Re)*, 2019 FC 141, [2019] 2 F.C.R. 359; *R. v. Latimer*, 2020 BCSC 2173; *Mahjoub (Re)*, 2013 FC 1096, 457 F.T.R. 1; *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2010 FC 1106, [2012] 2 F.C.R. 508; *Canada (Attorney General) v. Charkaoui*, 2018 FC 849; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306; *Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168*, 2012 SCC 68, [2012] 3 S.C.R. 489; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Hunter et autres c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Mills*, 2019 CSC 22, [2019] 2 R.C.S. 320; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220; *R. c. Cornell*, 2010 CSC 31, [2010] 2 R.C.S. 142; *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125; *R. v. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *Tabingo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 377, [2014] 4 R.C.F. 150, *conf. par Austria c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 191, *sub nom. Tabingo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2015] 3 R.C.F. 346; *Amnesty International Canada c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 336, *sub nom. Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, [2008] 4 R.C.F. 546, *conf. par* 2008 CAF 401, [2009] 4 R.C.F. 149; *Jia c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 596, [2015] 3 R.C.F. 143.

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re), 2021 CAF 92, [2021] 4 R.C.F. 41; *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2020 CF 616, [2021] 1 R.C.F. 417; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *R. v. Baskaran*, 2020 ONCA 25, 149 O.R. (3d) 409; *R. v. Brewster*, 2016 ONSC 4133 (CanLII); *X (Re)*, 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396; *Articles 12 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), chapitre C-23 (Re)*, 2019 CF 141, [2019] 2 R.C.F. 359; *R. v. Latimer*, 2020 BCSC 2173; *Mahjoub (Re)*, 2013 CF 1096; *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2010 CF 1106, [2012] 2 R.C.F. 508; *Canada (Procureur général) c. Charkaoui*, 2018 CF 849; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Société Télé-Mobile c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306; *Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168*, 2012 CSC 68, [2012] 3 R.C.S. 489; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653.

AUTHORS CITED

Forcese, Craig, “Pragmatism and Principle: Intelligence Agencies and International Law” (2016), 102 *Va. L. Rev.* 67, Ottawa Faculty of Law Working Paper No. 2016-29.
 House of Commons. Standing Committee on Public Safety and National Security. *Evidence*, 41st Parl., 2nd Sess., No. 42 (1 December 2014).
 Schmitt, Michael N., ed., *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017).
 Senate. Standing Committee on National Security and Defence, 41st Parl., 2nd Sess., Issue No. 14 (9 March 2015).

APPLICATION for supplemental warrant pursuant to sections 12 and 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* in which the Canadian Security Intelligence Service sought warrant powers to deploy a new technological tool (Technology) against existing targets of an investigation being conducted. Technology may be deployed within Canada as proposed, without warrant; Technology may be deployed outside Canada against foreign nationals with no nexus to Canada, without warrant, in two types of situations described.

APPEARANCES

Amy Joslin-Besner, Jeffrey Johnston and Jay Pelletier for applicant.
Gib van Ert as *amicus curiae*.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Gib van Ert as *amicus curiae*.

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

CRAMPTON C.J.:

I. Introduction

[1] As the art of tradecraft for clandestine domestic and international activities continues to evolve,

DOCTRINE CITÉE

Chambre des communes. Comité permanent de la sécurité publique et nationale. *Témoignages*, 41^e lég., 2^e sess., fascicule n° 42 (1^{er} décembre 2014).
 Forcese, Craig, « Pragmatism and Principle: Intelligence Agencies and International Law » (2016), 102 *Va. L. Rev.* 67, Ottawa Faculty of Law Working Paper No. 2016-29.
 Schmitt, Michael N., éd., *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* (Cambridge : Cambridge University Press, 2017).
 Sénat. Comité permanent du Sénat sur la sécurité nationale et la défense, 41^e lég., 2^e sess., fascicule n° 14 (9 mars 2015).

DEMANDE supplémentaire de mandat présentée en vertu des articles 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* pour faire autoriser l’usage par le Service canadien du renseignement de sécurité d’un nouvel outil technologique à l’égard de personnes faisant l’objet d’une enquête. La technologie peut être utilisée au Canada, comme proposée, sans mandat; la technologie peut être utilisée à l’extérieur du Canada à l’égard de ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada, sans mandat, dans les deux situations décrites.

ONT COMPARU :

Amy Joslin-Besner, Jeffrey Johnston et Jay Pelletier pour le demandeur.
Gib van Ert en qualité d’*amicus curiae*.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Gib van Ert en qualité d’*amicus curiae*.

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

LE JUGE EN CHEF CRAMPTON :

I. Introduction

[1] Le savoir-faire en matière de collecte de renseignement sur des activités clandestines au pays et à

the public interest requires the Canadian Security Intelligence Service (CSIS or the Service) to keep pace. However, it must do so within the bounds of the law.

[2] There are two principal issues in this proceeding. The first is whether CSIS may deploy a particular new technology (the Technology) within Canada in four specific ways without a warrant, in the course of investigations pursuant to section 12 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (the CSIS Act). Three of those proposed uses of the Technology would be solely within Canada, while the fourth would be both within and outside Canada.

[3] The Attorney General of Canada (AGC) concedes that the utilization of the Technology solely within Canada in each of those four proposed ways would constitute a “search” within the meaning of 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). However, the AGC maintains that those ways of deploying the Technology would not be “unreasonable,” as contemplated by section 8. This is because (i) they would be “minimally intrusive”, and therefore authorized by section 12 of the CSIS Act; (ii) section 12 is a reasonable law; and (iii) the “searches” would be carried out in a reasonable manner.

[4] For the reasons that follow, I agree. The Technology may be deployed within Canada in the four specific ways that CSIS has proposed, without a warrant, provided that such uses of the Technology are consistent with the reasons set forth below, particularly paragraphs 62, 88, 116–117, 126–127 and 141.

[5] The second principal issue in this proceeding is whether CSIS may utilize the Technology outside Canada against foreign nationals with no recognized nexus to Canada, without a warrant. This use of the Technology would be more than minimally intrusive. However,

l'étranger est en constante évolution. C'est pourquoi l'intérêt public requiert du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS ou le Service) qu'il ne se laisse pas distancer. Toutefois, les mesures qu'il prend à cette fin doivent respecter le cadre de la loi.

[2] La présente instance soulève deux principales questions. Premièrement, le SCRS peut-il adopter une nouvelle technologie (la technologie) au Canada et l'utiliser à quatre fins précises sans mandat dans le cadre d'enquêtes menées conformément à l'article 12 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (la Loi sur le SCRS)? Parmi les quatre usages proposés de la technologie, trois s'appliqueraient exclusivement au Canada, tandis qu'un quatrième s'appliquerait également à l'extérieur du Canada.

[3] Le procureur général du Canada (PGC) admet que les quatre usages de la technologie proposés au Canada constitueraient des « fouilles » ou « perquisitions » au sens où il faut l'entendre pour l'application de 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] (la Charte). Toutefois, il affirme que ces fins proposées ne seraient pas « abusives » pour l'application de l'article 8. En effet, (i) elles seraient minimalement envahissantes et seraient donc permises par l'article 12 de la Loi sur le SCRS; (ii) l'article 12 n'a rien d'abusif; (iii) les fouilles ou perquisitions ne seraient pas effectuées d'une manière abusive.

[4] Pour les motifs énoncés ci-après, je suis d'accord. La technologie peut être utilisée au Canada aux quatre fins précises proposées par le SCRS, sans mandat, à condition que les usages de la technologie soient conformes aux motifs énoncés ci-après, tout particulièrement les paragraphes 62, 88, 116 à 117, 126 à 127 et 141.

[5] Deuxièmement, le SCRS peut-il utiliser la technologie à l'extérieur du Canada à l'égard de ressortissants étrangers dépourvus de lien reconnu avec le Canada, et ce sans mandat? Une telle utilisation de la technologie serait plus que minimalement envahissante. Cependant,

for the reasons provided below, I have concluded that CSIS would not require a warrant before deploying the Technology outside Canada in the ways that it has identified.

[6] In brief, foreign nationals with no recognized nexus to Canada do not benefit from the protections afforded by section 8. This includes the requirement for pre-authorization of a search by an entirely neutral and impartial arbiter who is capable of acting judicially in balancing the interests of the state against those of the individual, in certain circumstances: *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145 (*Hunter*), at pages 160–162 and 168–169. The Court’s attention was not directed towards any principle of international law that would prevent CSIS from deploying the Technology outside Canada in the manner it has identified, without a warrant and against such individuals.

[7] Given the confidential nature of the Technology, my detailed description of it is provided in Appendix I to these reasons, which will remain classified. The more basic description of the Technology set forth in the main body below is provided in a manner that will permit the public to understand the issues raised in this proceeding, despite the fact that redactions will nonetheless be necessary in the public version of this decision, for national security reasons.

II. Background

A. *Principal Uses of the Technology and Procedural History*

[8] In December 2021, the Court received a supplemental warrant application in which CSIS sought warrant powers to deploy a new technological tool against existing targets of an investigation being conducted pursuant to section 12 of the CSIS Act. The new tool is a [***] technology [***] that has [***] capabilities. These include the ability to identify [***] (a Device) [***]. They also include the ability [***] a Device. Such [***] information can be obtained by identifying [***] associated with a Device.¹

¹ [***]

pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que point n’est besoin pour le SCRS de solliciter un mandat pour utiliser la technologie à l’extérieur du Canada aux fins précisées.

[6] En bref, les ressortissants étrangers dépourvus de lien reconnu avec le Canada ne peuvent faire valoir les protections prévues à l’article 8. Ces protections comptent notamment l’obligation de faire autoriser la fouille ou la perquisition par un arbitre entièrement neutre et impartial en mesure d’agir judiciairement pour mettre en balance les intérêts de l’État et ceux de la personne visée, dans certaines circonstances (*Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 (*Hunter*), aux pages 160 à 162 et 168 à 169). Aucun principe de droit international susceptible d’interdire au SCRS d’utiliser la technologie à l’extérieur du Canada aux fins précisées et à l’égard de telles personnes, sans mandat, n’a été présenté à la Cour.

[7] Vu la nature confidentielle de la technologie, j’en fournis une description détaillée à l’annexe I des présents motifs, qui restera classifiée. La description générale fournie ci-après dans le corps des motifs a pour objet de faciliter la compréhension du public quant aux questions soulevées en l’espèce, et ce même si la version publique de la présente décision devra tout de même être caviardée, pour des raisons liées à la sécurité nationale.

II. Faits

A. *Principaux usages de la technologie et genèse de l’instance*

[8] En décembre 2021, le SCRS a présenté à la Cour une demande supplémentaire de mandat pour faire autoriser l’usage d’un nouvel outil technologique à l’égard de personnes faisant l’objet d’une enquête menée sous le régime de l’article 12 de la Loi sur le SCRS. Il s’agit [***] une technologie [***] à [***] fonctionnalités. Parmi ces dernières, mentionnons la capacité de déterminer [***] (appareil) [***]. En outre, il est possible de déterminer [***] d’un appareil [***]. Pour obtenir ces renseignements [***] il faut connaître [***] associé à un appareil, [***]¹.

¹ [***]

[9] At the present time, [***] in respect of which such information [***] may be obtained ranges from [***] with the Technology.

[10] [***] Such information can assist CSIS to make inferences about the [***] of those individuals, so as to advance investigational goals. The amount of information that can be obtained about a subject of investigation will depend on [***].

[11] CSIS is also able to use the Technology to identify [***] and to learn about [***]. In addition, the Technology can assist CSIS to identify [***], as well as to [***]. Other potential uses of the technology are briefly described in Appendix I below.

[12] In written submissions, counsel for the AGC submits that the Technology can be deployed within Canada in four specific ways that are minimally intrusive, such that those uses would be authorized under section 12 of the CSIS Act, without the need for a warrant. The first three of those ways would be solely within Canada, whereas the fourth would involve collecting [***] information from a Device [*** both within and outside Canada ***]. An important aspect of the AGC's position in this regard is its assertion that the four methods of utilizing the Technology in Canada without a warrant would not involve the [***].

[13] The AGC further submits that foreign nationals abroad who have no nexus to Canada do not benefit from the protections afforded by section 8 of the Charter. Therefore, the AGC asserts that CSIS may deploy the Technology against such persons in more intrusive ways, without a warrant. Such more intrusive ways include [***].

[14] Notwithstanding the foregoing, CSIS sought a provisional [***] warrant (Provisional Warrant) to enable it to obtain the [***] of several named subjects within Canada, *for the purposes of* [***] *to those persons*. In its initial correspondence to the Court in relation to that warrant, the AGC explained that the requested powers “could be justified as minimally intrusive under s. 12 of the CSIS Act, without the need for a warrant.” However, the

[9] À l'heure actuelle, la technologie permet d'obtenir des renseignements [***] datant [***].

[10] [***]. Il peut alors en inférer [***] de cette personne, ce qui permet de faire avancer l'enquête. La quantité d'information recueillie sur l'objet de l'enquête dépend [***].

[11] La technologie permet également au SCRS de repérer [***] et de déterminer [***]. En outre, la technologie peut aider le SCRS à trouver les [***] et à [***]. D'autres usages possibles de la technologie sont décrits à l'annexe I.

[12] Dans ses observations écrites, le représentant du PGC affirme que la technologie peut être utilisée au Canada à quatre fins précises qui sont minimalement envahissantes. Ainsi, ces usages seraient autorisés par l'article 12 de la Loi sur le SCRS, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir un mandat. Les trois premiers usages s'appliquent en sol canadien. Le quatrième usage implique l'accès aux données [***] d'un appareil [***tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du Canada***]. Selon un aspect important de la thèse du PGC à cet égard, les quatre usages sans mandat de la technologie au Canada ne nécessitent pas [***].

[13] Le PGC soutient également que les ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada qui se trouvent à l'extérieur du Canada ne sont pas visés par les protections prévues par l'article 8 de la Charte. Par conséquent, selon le PGC, le SCRS peut utiliser la technologie à l'égard de ces personnes d'une manière qui est plus que minimalement envahissante, et ce sans mandat. Notamment, il peut [***].

[14] Malgré ce qui précède, le SCRS a sollicité un mandat provisoire [***] (le mandat provisoire), pour lui permettre d'obtenir [***] de personnes faisant l'objet d'enquêtes au Canada, *en vue* [***] *à ces dernières*. Dans sa première lettre à la Cour au sujet du mandat, le PGC explique que les pouvoirs sollicités [TRADUCTION] « sont justifiés, car ils sont minimalement envahissants pour l'application de l'article 12 de la Loi sur le SCRS,

warrant was being sought out of an abundance of caution, to avoid inadvertently violating the Charter while (i) CSIS gained a better understanding of the data that would be returned through the [***Technology***], and (ii) the Court considered whether that particular use of [***] data could be authorized under section 12 of the CSIS Act alone. The AGC reserved the right to return to the Court at a later date to argue that the requested powers do not require a warrant, for the reason explained above.

[15] During the hearing of the Provisional Warrant Application on January 25, 2022, I raised initial concerns regarding the potential for [***] data of Devices of third parties to be incidentally obtained in the course of exercising the warranted powers. To substantially reduce the scope for this to occur, I insisted that the warrant be amended to provide the authority to obtain [***] identified in the warrant, for each of the named subjects of investigation. After unsuccessfully endeavouring with counsel to identify a similar limiting mechanism for other provisions of the requested warrant, those other provisions were deleted.

[16] On the same date that the Provisional Warrant was issued, I issued a second warrant, described as [***] Warrant. That warrant authorized CSIS to deploy the Technology in a manner that CSIS acknowledged was more than minimally intrusive, including [***] of the Devices of the same named subjects of investigation who were identified in the Provisional Warrant.

[17] Each of the two above-mentioned warrants expired on February 26, 2022. However, new warrants with some amendments that are not relevant for the present purposes were issued by Justice Norris on February 24, 2022. Those warrants were issued on the understanding that CSIS would bring an application to cancel or amend the extended Provisional Warrant based on the present decision.

[18] To assist the Court in addressing the legal issues raised by this application, I appointed Mr. Gib van Ert as *amicus curiae* (the *Amicus*).

et ne nécessitent pas de mandat ». Il sollicite néanmoins le mandat par excès de prudence, pour éviter d'enfreindre la Charte par inadvertance, pendant que (i) le SCRS se familiarise avec les données qui résulteront [***de l'utilisation de la technologie***], et (ii) pendant que la Cour considère si cet usage particulier des données [***] peut être autorisée en vertu de l'article 12 de la Loi sur le SCRS. Le PGC se réserve le droit de se présenter à nouveau à la Cour pour soutenir que les pouvoirs sollicités ne nécessitent pas l'obtention d'un mandat, pour les raisons indiquées plus haut.

[15] À l'audience sur la demande de mandat provisoire tenue le 25 janvier 2022, j'ai soulevé la possibilité que les données [***] des appareils de tiers soient incluses de manière incidente dans l'exercice des pouvoirs visés par le mandat. Pour réduire substantiellement le risque d'une telle situation, j'ai fait modifier le mandat. Ainsi, le pouvoir de recueillir [***] indiqués dans le mandat, pour chacune des personnes nommées dans l'enquête. Faute d'avoir pu obtenir du représentant du PGC un mécanisme semblable ayant pour objet de limiter [***] aux autres articles du mandat, j'ai supprimé ces derniers.

[16] Le jour même où j'ai décerné le mandat provisoire, j'en ai décerné un second, le mandat concernant la [***]. Suivant ce dernier, le SCRS est autorisé à utiliser la technologie à des fins qui ne sont pas minimalement envahissantes, aux dires de ce dernier. Il est autorisé entre autres [***] des appareils des personnes nommées dans l'enquête et dans le mandat provisoire.

[17] Les deux mandats mentionnés plus haut ont expiré le 26 février 2022. Cependant, le juge Norris a décerné le 24 février 2022 d'autres mandats, modifiés, qui ne sont pas pertinents pour la présente instance. Ces mandats étaient subordonnés à l'engagement du SCRS suivant lequel il présenterait une demande d'annulation ou de modification du mandat provisoire prolongé suivant la présente décision.

[18] Pour aider la Cour dans son analyse des questions juridiques que soulève la demande, j'ai nommé M. Gib van Ert à titre d'*amicus curiae* (*amicus*).

B. CSIS's Pilot Project and NSIRA's Review

[19] CSIS first used the Technology on a pilot basis for several months in 2018. During that period, it was used without a warrant approximately [***] times against Canadian and non-Canadian subjects of investigation located in Canada and abroad. A total of [***] operational reports [***] resulted from those uses of the Technology. However, after privacy issues were raised internally, the pilot project was terminated in July 2018. After that time, use of the Technology was confined to investigative activities in relation to (i) foreign nationals located outside Canada without a nexus to Canada, and (ii) [***]. In July 2020, CSIS suspended all use of the Technology until it obtained further clarity about the application of section 8 of the Charter to its collection activities against foreign nationals with no nexus to Canada.

[20] In mid-to-late 2018, the Security Intelligence Review Committee (SIRC) initiated a review of CSIS's use of the Technology earlier that year, during the above-mentioned pilot period. That review was ultimately completed by SIRC's successor, the National Security and Intelligence Review Committee (NSIRA), which issued a report entitled *Review of CSIS's Use of [***] – a Geolocation Data Collection Tool* (NSIRA Study 2018-05) (NSIRA Report). That report was “communicated” to the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness in August 2019.

[21] Among other things, NSIRA found that the use of the Technology [***] constituted a “search” for the purposes of section 8 of the Charter. NSIRA added that “there was a risk that CSIS breached section 8 of the Charter during the trial period in which it used [the Technology] without a warrant”: NSIRA Report, at page 11. NSIRA proceeded to recommend as follows [at page 12]:

B. Projet pilote du SCRS et contrôle par l'OSSNR

[19] Le SCRS a mis la technologie à l'essai dans le cadre d'un projet pilote pendant plusieurs mois en 2018. Pendant cette période, il l'a utilisée sans mandat à environ [***] reprises à l'égard de personnes faisant l'objet d'une enquête, canadiennes ou non, se trouvant au Canada ou à l'étranger. Au total, [***] rapports opérationnels, [***] en ont résulté. Cependant, des questions relatives à la protection des renseignements personnels ayant été soulevées au sein du SCRS, il a été mis fin au projet pilote en juillet 2018. Par la suite, la technologie a servi exclusivement aux activités d'enquête visant (i) des ressortissants étrangers se trouvant à l'extérieur du Canada et dépourvus de lien avec le Canada ou (ii) [***]. En juillet 2020, le SCRS a sursis à l'utilisation de la technologie le temps d'obtenir des précisions sur l'application de l'article 8 de la Charte à ses activités de collecte de renseignements sur des ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada.

[20] Pendant la deuxième moitié de 2018, le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS) a entrepris un examen de l'utilisation par le SCRS de la technologie au cours du projet pilote tenu plus tôt dans l'année. C'est l'organisme qui lui a succédé, l'Office de surveillance des activités en matière de sécurité nationale et de renseignement (OSSNR), qui a clos l'examen. Il a rédigé un rapport intitulé *Examen de l'utilisation par le SCRS de l'outil de collecte de données de géolocalisation [***]* (examen de l'OSSNR 2018-05) (rapport de l'OSSNR). Le rapport a été « communiqué » au ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile en août 2019.

[21] L'OSSNR conclut notamment que l'usage de la technologie [***] constitue des « fouilles » ou « perquisitions » au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'article 8 de la Charte. Selon l'OSSNR, « il y avait un risque que le SCRS contrevienne à l'article 8 de la Charte pendant la période d'essai au cours de laquelle il a utilisé [la technologie] sans mandat » (rapport de l'OSSNR, à la page 12). Il recommande ce qui suit [à la page 13] :

... that CSIS review its use of [the Technology] to date and make a determination as to which of the operational reports generated through the use of [the Technology] were in breach of section 8 of the *Charter*. These operational reports and/or any documents related to those results should be purged from its systems.

[22] According to CSIS's technical affiant (Affiant 1), CSIS ultimately determined that the [***] above-mentioned operational reports needed to be retained in order to meet CSIS's legal obligations. Those reports and their attachments have been sequestered so as to ensure that the information contained therein does not inform or contribute to other CSIS investigations.

C. CSIS's Delay in Informing the Court of its Use of the Technology Against Subjects of the Court's Warrants

[23] I pause to observe that CSIS or the AGC ought to have informed the Court about the forthcoming NSIRA Report well before that report was released in August 2019. Their failure to do so before the present Application was filed more than two years later, in December 2021, was inconsistent with (i) a commitment made to the Court in 2016 by CSIS's Director, and (ii) the elevated duty of utmost good faith that applies in *ex parte* proceedings, particularly pursuant to the CSIS Act: *Canadian Security Intelligence Services Act (Re)*, 2021 FCA 92, [2021] 4 F.C.R. 41 (*CSIS Act (Re) 2021 FCA*), at paragraph 126.

[24] Specifically, CSIS's Director of the day Mr. Michel Coulombe committed to advise the Court "as soon as an issue comes up" in a review by the Security Intelligence Review Committee relating to matters involving this Court's warrants, "even if the report is not finalized": *En Banc* Hearing, June 10, 2016, Transcript, at pages 18 and 55. This was on the understanding that the final report and recommendations might be different from the initial information that had been communicated to the Court. In 2018, CSIS's current Director reiterated a commitment to abide by the spirit of this undertaking.

... que le SCRS examine l'utilisation qu'il a faite de [la technologie] jusqu'ici et qu'il détermine quels rapports opérationnels qui en découlent contreviennent à l'article 8 de la *Charte*. Il devrait ensuite supprimer de ses systèmes ces rapports opérationnels et tout document lié à ces résultats.

[22] Selon l'auteur de l'affidavit technique représentant le SCRS (auteur de l'affidavit 1), le SCRS a fini par décider qu'il lui fallait conserver les [***] rapports opérationnels mentionnés plus haut pour respecter ses obligations juridiques. Ces rapports et les pièces jointes ont été mis à l'écart de sorte que les renseignements qu'ils contiennent ne servent pas à faire avancer d'autres enquêtes par le SCRS.

C. Temps mis par le SCRS à informer la Cour qu'il avait utilisé la technologie à l'égard des personnes nommées dans les mandats décernés par la Cour

[23] Mentionnons que le SCRS ou le PGC aurait dû informer la Cour du rapport de l'OSSNR prévu bien avant sa communication en août 2019. Ainsi, en attendant le dépôt de la présente demande plus de deux ans plus tard, soit en décembre 2021, ils ont manqué à (i) l'engagement pris en 2016 à l'égard de la Cour par le directeur du SCRS et (ii) à l'obligation de faire preuve du degré le plus élevé de bonne foi applicable dans les instances *ex parte*, tout particulièrement celles intentées sous le régime de la Loi sur le SCRS (*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2021 CAF 92, [2021] 4 R.C.F. 41 (*Loi sur le SCRS (Re) 2021 CAF*), au paragraphe 126).

[24] Plus précisément, le directeur du SCRS à cette époque, M. Michel Coulombe, avait pris l'engagement d'aviser la Cour [TRADUCTION] « dès qu'une question surgit » à propos des mandats décernés par la Cour dans un contrôle par le CSARS, et ce « même si le rapport n'est pas final » (audience en formation plénière, 10 juin 2016, transcription, aux pages 18 et 55). Cet engagement portait du principe que le rapport final et les recommandations étaient susceptibles de différer des renseignements initiaux communiqués à la Cour. En 2018, le directeur actuel du SCRS a répété sa volonté de respecter l'esprit de cet engagement.

[25] The AGC's explanations for the failure to inform the Court about the NSIRA Report prior to the present proceeding do not withstand scrutiny. To begin, the AGC maintained that (i) the warrants involved individuals who were, or later became, either warranted subjects of investigation or the subject of a warranted collection, and (ii) that the warrants were obtained and expired prior to the release of the NSIRA Report. However, this does not provide a basis for relieving CSIS from its commitment, or its elevated duty of candour.

[26] Of the warranted individuals discussed in the NSIRA report, [***]. [***] warrants issued against [***] were [***] during the period covered by NSIRA's review and [***] issued for a one-year period in July 2018. Another was renewed in June 2018 and expired in June 2019. Given that the NSIRA Report was released in August 2019, it is reasonable to infer that the issues it addressed had sufficiently ripened to have fallen within the scope of both the Director's above-discussed commitment to the Court and the elevated duty of good faith disclosure well before that date.

[27] As for the [***], the Technology was deployed against them outside Canada. Warrants against [***] of those individuals were sought in mid-2019, [***]. The warrant against the [***] individual was sought [***] the application in the present proceeding was filed. Yet, the use of the Technology against these [***] individuals and the [***] described above was not disclosed prior to May 18, 2022. Indeed, the Court may never have been made aware of the uses of the Technology against these individuals had I not issued a Direction requiring the AGC and the Service to advise as to whether the Technology had ever been used or directed against any target who either was, or is, the subject of warrants issued by this Court.

[28] The AGC further explained that the Court was not informed about the use of the Technology against the above-mentioned individuals because none of the information collected was ever relied upon in an application for warrants. However, as the AGC and CSIS have been

[25] Les explications du PGC quant au défaut d'informer la Cour du rapport de l'OSSNR avant la présente instance ne tiennent pas la route. Premièrement, le PGC affirme (i) que les mandats visaient des personnes qui faisaient l'objet ou allaient par la suite faire l'objet d'une enquête ou d'une collecte de renseignements visé par un mandat et (ii) que les mandats avaient été obtenus et avaient expiré avant la communication du rapport de l'OSSNR. Or, ce n'est pas une raison pour le SCRS de mépriser son engagement ou le degré élevé de transparence auquel il est tenu.

[26] Les personnes visées par des mandats mentionnées dans le rapport de l'OSSNR étaient [***]. Parmi les [***] mandats visant [***] étaient [***] pendant l'examen par l'OSSNR tandis que [***] en juillet 2018 pour un an. Un autre avait été renouvelé pour un an en juillet 2018 et a expiré en juin 2019. On peut raisonnablement inférer de la date du rapport de l'OSSNR, communiqué en août 2019, que les questions qu'il aborde existaient depuis assez longtemps qu'elles auraient dû faire intervenir l'engagement pris par le directeur envers la Cour, mentionné plus haut, et l'obligation de faire preuve du degré le plus élevé de bonne foi dans les communications, bien avant.

[27] Quant aux [***], la technologie a été utilisée à leur égard à l'extérieur du Canada. Des mandats visant [***] d'entre eux ont été sollicités au milieu de 2019 [***]. Le mandat visant le [***] été sollicité [***] dépôt de la demande dans la présente instance. Or, la Cour a été mise au courant de l'utilisation de la technologie à l'égard de ces [***] personnes et des [***] mentionnés plus haut seulement le 18 mai 2022. Il se peut fort bien que la Cour ne l'ait jamais su, si ce n'était de ma directive exigeant du PGC et du SCRS qu'ils informent la Cour si la technologie avait été utilisée à l'égard d'une personne visée ou qui l'était par un mandat décerné par la Cour.

[28] Le PGC a précisé que la Cour n'avait pas été informée de l'utilisation de la technologie à l'égard de ces personnes, car aucun des renseignements ainsi recueillis n'avait servi à justifier une demande de mandat. Cependant, comme le PGC et le SCRS en ont été

repeatedly advised in the past, information concerning the techniques that have been used against subjects of investigation in respect of whom a warrant application has been made, or is being made, is relevant to both the exercise of the Court's discretion and its oversight of its outstanding warrants.

[29] As long as the information may be considered to be relevant to the Court's exercise of discretion to issue or revisit an outstanding warrant, it must be disclosed: *CSIS Act (Re) 2021 FCA*, at paragraph 127. The duty of utmost good faith and transparency requires no less.

[30] This is so even if the information is or was not relied upon in the warrant application.

[31] For greater certainty, this remains true even if CSIS's affiant has determined that the information does not fall within the scope of the matters to be specified in an application for a warrant, as set forth in paragraphs 21(2)(a) and (b) of the *CSIS Act*: *CSIS Act (Re) 2021 FCA*, at paragraph 133. This is so for two reasons. First, the information might well be relevant to the exercise of the Court's discretion. Second, the Court may well disagree with the determination of CSIS's affiant regarding the scope and applicability of paragraphs 21(2)(a) and (b).

[32] As a result of this Court's decision in *Canadian Security Intelligence Services Act (Re)*, 2020 FC 616, [2021] 1 F.C.R. 417, and general principles subsequently articulated in *CSIS Act (Re) 2021 FCA*, at paragraphs 120–133, the AGC and CSIS now recognize that the elevated duty of candour requires the disclosure of all information that may be relevant to the determinations this Court must make in deciding whether to issue a warrant, and if so, on what terms. This includes information that may not have been relied on in support of a warrant application. The AGC and CSIS also accept that NSIRA's finding that there was a risk of a breach of section 8 of the Charter in relation to CSIS's use of the Technology within Canada fell within the scope of the elevated duty of full and frank disclosure. They further acknowledge that the Court retains discretion, when

avisés à plusieurs reprises par le passé, l'information sur les techniques employées à l'égard de personnes faisant l'objet d'une enquête au sujet desquelles une demande de mandat a été présentée ou le sera est utile à la Cour pour l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et pour la surveillance des mandats en vigueur.

[29] Dès lors que l'information peut se révéler pertinente dans l'exercice par la Cour de son pouvoir discrétionnaire l'habilitant à décerner ou à modifier un mandat, elle se doit d'être communiquée (*Loi sur le SCRS (Re) 2021 CAF*, au paragraphe 127). L'obligation de faire preuve du degré le plus élevé de bonne foi et de transparence n'exige guère moins.

[30] C'est le cas, que l'information ait servi à justifier une demande de mandat ou non.

[31] Il est entendu que c'est également le cas même si l'auteur de l'affidavit représentant le SCRS juge que l'information n'est pas de celles qui doivent être indiquées dans la demande de mandat, conformément aux alinéas 21(2)a) et b) de la *Loi sur le SCRS (Loi sur le SCRS (Re) 2021 CAF*, au paragraphe 133), et ce pour deux raisons. Premièrement, il se peut que l'information se révèle pertinente dans l'exercice par la Cour de son pouvoir discrétionnaire. Deuxièmement, il se peut que la Cour ne partage pas l'avis de l'auteur de l'affidavit sur la teneur et l'application des alinéas 21(2)a) et b).

[32] Vu la décision de la Cour dans l'affaire *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2020 CF 616, [2021] 1 R.C.F. 417, ainsi que les principes généraux énoncés par la suite dans l'arrêt *Loi sur le SCRS (Re) 2021 CAF*, aux paragraphes 120 à 133, le PGC et le SCRS reconnaissent que l'obligation élevée de franchise requiert la communication de toute l'information susceptible de se révéler pertinente pour la Cour appelée à décider s'il faut décerner un mandat et, dans l'affirmative, quelles conditions imposer. Il peut s'agir d'information n'ayant pas servi à justifier une demande de mandat. Le PGC et le SCRS acceptent également que la conclusion de l'OSSNR — selon laquelle l'utilisation par le SCRS de la technologie au Canada était susceptible d'enfreindre l'article 8 de la Charte — fasse intervenir l'obligation élevée d'exposer les faits de manière

informed of matters that fall within the scope of that duty, to rescind the ongoing validity of active warrants, to refuse to issue new warrants, or to order other relief.

III. Issues

[33] There are two principal issues in this proceeding. They are as follows:

1. Does section 12 of the CSIS Act authorize CSIS to utilize the Technology within Canada in the four ways CSIS has identified, without a warrant?
2. Does section 12 of the CSIS Act authorize CSIS to utilize the Technology outside Canada against foreign nationals with no nexus to Canada, and in the more intrusive ways it has identified, without a warrant?

IV. Assessment of the Proposed Uses Within Canada (Issue No. 1)

A. Summary of the Four Proposed Uses and Introduction

[34] As previously noted, three of the proposed methods of deploying the Technology would be solely within Canada. They are as follows:

- (i) Against known targets of CSIS investigations, [***] within Canada [***].
- (ii) Against known targets of CSIS investigations, [***] within Canada, [***].
- (iii) [***] within Canada [***].

[35] The fourth proposed use of the Technology [***] would involve collecting [***] data from Devices [***] both within and outside Canada [***].²

² [***]

complète et sincère. Ils reconnaissent aussi que la Cour est habilitée, si elle est informée de faits qui font intervenir cette obligation, de mettre fin à un mandat, de refuser d'en décerner d'autres ou d'ordonner quelque autre réparation.

III. Questions

[33] La présente instance soulève deux principales questions, qui sont énoncées ci-après :

1. L'article 12 de la Loi sur le SCRS autorise-t-il le SCRS à utiliser la technologie au Canada aux quatre fins qu'il a précisées, et ce sans mandat?
2. L'article 12 de la Loi sur le SCRS autorise-t-il le SCRS à utiliser la technologie à l'extérieur du Canada à l'égard de ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada de la manière plus envahissante qu'il a précisée, et ce sans mandat?

IV. Évaluation des usages proposés au Canada (question n° 1)

A. Résumé des quatre usages proposés et introduction

[34] Comme il est mentionné plus haut, trois des usages proposés de la technologie auraient lieu entièrement au Canada. Les voici :

- (i) À l'égard de personnes faisant l'objet d'enquêtes du SCRS, [***] au Canada [***].
- (ii) À l'égard de personnes faisant l'objet d'enquêtes du SCRS [***] au Canada, [***].
- (iii) [***] au Canada [***].

[35] Le quatrième usage proposé de la technologie [***] implique de recueillir les données [***] d'appareils [***] tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du Canada [***].²

² [***]

[36] The general legal principles applicable to CSIS's use of new technology to obtain information about the mobile communications devices of subjects of investigation were extensively reviewed in *X (Re)*, 2017 FC 1047, [2018] 3 F.C.R. 111 (*IMSI*). There, the Court applied the jurisprudence pertaining to what constitutes a "search" and what constitutes an "unreasonable" search, within the meaning of section 8 of the Charter. Like the present proceeding, *IMSI* involved an application pursuant to sections 12 and 21 of the CSIS Act.

[37] There, the Court determined that CSIS's use of a cellular-site simulator (CSS) to capture the identifying characteristics of a subject of investigation's mobile communications devices in Canada without a warrant constituted a "search," but not an "unreasonable" one. Those identifying characteristics consisted of the International Mobile Subscriber Identity and International Mobile Equipment Identity numbers that were emitted by the subject's devices at certain times.

[38] In *Canadian Security Intelligence Services Act (Re)*, 2020 FC 697, [2021] 2 F.C.R. 289 [****CSIS 2020****], the Court made similar findings regarding the use of (i) CSS technology to capture the same information that was at issue in *IMSI* [***]. However, it proceeded to find that CSIS requires a warrant to [***] obtain information about individuals [***], which reveals much more personal information about the user of a communications device: [****CSIS 2020****], at paragraphs 118–125, 166–169 and 176–181. Those findings were made in the context of an application under sections 16 and 21 of the CSIS Act.

[39] In *IMSI*, the Court's conclusion that the capture of the identifying characteristics of the target's mobile device did not constitute an "unreasonable" search was based on three principal findings: (i) the "search" was

[36] Les principes juridiques généraux applicables à l'utilisation par le SCRS d'une nouvelle technologie visant à recueillir des renseignements concernant les appareils de communication mobile de personnes faisant l'objet d'une enquête ont été analysés en profondeur dans la décision *X (Re)*, 2017 CF 1047, [2018] 3 R.C.F. 111 (*IMSI*). Dans cette affaire, la Cour applique la jurisprudence définissant ce qui constitue des fouilles ou perquisitions et ce qui les rend « abusives » au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'article 8 de la Charte. À l'instar de la présente espèce, l'affaire *IMSI* porte sur une demande présentée en vertu des articles 12 et 21 de la Loi sur le SCRS.

[37] Dans cette affaire, la Cour estime que le recours sans mandat par le SCRS à un émulateur de station de base (ESB) pour repérer les caractéristiques des appareils de communication mobile d'une personne faisant l'objet d'une enquête au Canada constitue bel et bien des « fouilles » ou « perquisitions », mais elles ne sont pas « abusives ». Par ces caractéristiques, on entend les numéros *International Mobile Subscriber Identity* (identité internationale d'abonnement mobile) et *International Mobile Equipment Identity* (identité internationale d'équipement mobile). Il s'agit de numéros émis par les appareils de l'objet de l'enquête à certains moments.

[38] Dans l'affaire *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2020 CF 697, [2021] 2 R.C.F. 289 [****SCRS 2020****], la Cour rend des conclusions semblables sur le recours à (i) la technologie relative aux ESB visant à trouver les mêmes renseignements que ceux dont il est question dans l'affaire *IMSI* [***]. Cependant, elle finit par conclure que le SCRS doit obtenir un mandat pour [***] déterminer [***] des intéressés, car cette méthode révèle beaucoup plus de renseignements personnels sur l'utilisateur de l'appareil de communication [****SCRS 2020****], paragraphes 118 à 125, 166 à 169 et 176 à 181). Ces conclusions intéressent une demande présentée en vertu des articles 16 et 21 de la Loi sur le SCRS.

[39] Dans l'affaire *IMSI*, la Cour conclut que l'obtention des caractéristiques permettant de détecter l'appareil mobile de l'objet d'une enquête ne constitue pas des fouilles ou perquisitions « abusives ». Elle fonde

authorized by law, namely, section 12 of the CSIS Act, (ii) that law is reasonable, and (iii) the searches would be carried out in a reasonable manner: *IMSI*, at paragraphs 198–201, 236 and 238–243.

[40] Section 12 states as follows:

Collection, analysis and retention

12 (1) The Service shall collect, by investigation or otherwise, to the extent that it is strictly necessary, and analyse and retain information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada and, in relation thereto, shall report to and advise the Government of Canada.

No territorial limit

(2) For greater certainty, the Service may perform its duties and functions under subsection (1) within or outside Canada.

[41] In the course of assessing the authority provided by section 12, the Court in *IMSI* noted the following [at paragraph 196]:

The plain language of section 12 requires CSIS to collect, by investigation or otherwise, to the extent that it is strictly necessary, and to analyse and retain information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada. This provides CSIS with the explicit authority to investigate such threats in those circumstances.

[42] The Court proceeded to observe that section 12 authorizes CSIS to collect, analyse and retain information that ranges from non-intrusive to highly intrusive. However, once CSIS “moves beyond minimally invasive collection activities, it will require a warrant”: *IMSI*, above, at paragraph 219. It is important to keep in mind that this statement was made in the context of the Court’s assessment of the application of section 8 of the Charter to intrusive activity in which CSIS had engaged *within* Canada. In that context, and given the provisions of section 21 pertaining to warrants, it could be inferred that Parliament implicitly contemplated that CSIS would

cette conclusion sur trois principales constatations : (i) la fouille ou la perquisition était autorisée par une disposition légale, à savoir l’article 12 de la Loi sur le SCRS, (ii) la disposition n’a rien d’abusif et (iii) la fouille ou perquisition ne serait pas effectuée de manière abusive (*IMSI*, aux paragraphes 198 à 201, 236 et 238 à 243).

[40] L’article 12 est ainsi rédigé :

Informations et renseignements

12 (1) Le Service recueille, au moyen d’enquêtes ou autrement, dans la mesure strictement nécessaire, et analyse et conserve les informations et renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu’elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada; il en fait rapport au gouvernement du Canada et le conseille à cet égard.

Aucune limite territoriale

(2) Il est entendu que le Service peut exercer les fonctions que le paragraphe (1) lui confère même à l’extérieur du Canada.

[41] Dans son examen des pouvoirs conférés par l’article 12, la Cour dans la décision *IMSI* fait la remarque suivante [au paragraphe 196] :

Selon le libellé simple de l’article 12, le SCRS recueille, au moyen d’une enquête ou autrement, dans la mesure strictement nécessaire, et analyse et conserve les informations et les renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu’elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada. Cela donne au SCRS le pouvoir explicite d’enquêter sur de telles menaces dans ces circonstances.

[42] La Cour fait ensuite observer que l’article 12 habilite le SCRS à recueillir, à analyser et à conserver des renseignements obtenus de façon non envahissante ou très envahissante. Cependant, dès lors que le SCRS « passe à des activités de collecte plus envahissantes, le Service doit obtenir un mandat » (*IMSI*, au paragraphe 219). N’oublions pas que cet énoncé concerne l’application de l’article 8 de la Charte aux activités de collecte envahissantes menées par le SCRS au Canada. Il est possible d’inférer de cette jurisprudence et des dispositions de l’article 21 qui portent sur les mandats que le législateur entendait implicitement que le SCRS

require judicial preauthorization before engaging in collection activities that were more than minimally intrusive: *IMSI*, above, at paragraph 219.

[43] It is common ground between the AGC and the *Amicus* that the Court's decision in *IMSI* provides an appropriate point of departure for the analysis of some of the important issues in the present proceeding.

[44] In conducting the assessment below, I will remain mindful of the need to adopt "a purposive approach to s. 8 that emphasizes the protection of privacy as a prerequisite to individual security, self-fulfilment and autonomy as well as to the maintenance of a thriving democratic society": *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at paragraph 15.

B. *Would the Proposed Uses of the Technology Within Canada Constitute a "Search"?*

[45] In *IMSI*, the Court found that the target had a reasonable expectation of privacy (REP) in respect of the identifying characteristics of his mobile devices: *IMSI*, above, at paragraphs 140, 177 and 189. This REP existed because of the nature of the information that CSIS was able to begin learning about his private activities, upon obtaining those numeric identifiers from his devices. CSIS's intrusion on this REP constituted a "search" within the meaning of section 8 and therefore "engaged" the privacy interests protected therein: *IMSI*, above, at paragraphs 111, 149 and 247.

[46] In the present proceeding, it is common ground between the AGC and the *Amicus* that each of the four ways in which CSIS proposes to utilize the Technology within Canada would constitute a "search" within the meaning of section 8. This is because individuals in Canada have an REP in the [***] data [***] that are accessible through the Technology. However, the AGC and the *Amicus* disagree about whether the use of the Technology outside Canada in relation to foreigners who have no nexus to Canada, would constitute such

demande une autorisation judiciaire avant de se livrer à des activités de collecte qui ne sont pas minimalement envahissantes (*IMSI*, au paragraphe 219).

[43] Le PGC et l'*amicus* s'entendent pour dire que la décision de la Cour dans l'affaire *IMSI* offre un bon point de départ pour l'analyse de certaines des questions importantes en l'espèce.

[44] Dans mon examen, je vais garder à l'esprit la nécessité d'adopter à l'égard de l'article 8 une « approche téléologique axée principalement sur la protection de la vie privée considérée comme une condition préalable à la sécurité individuelle, à l'épanouissement personnel et à l'autonomie ainsi qu'au maintien d'une société démocratique prospère » (*R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, au paragraphe 15).

B. *Les usages proposés de la technologie au Canada constitueraient-ils des fouilles ou perquisitions?*

[45] Dans l'affaire *IMSI*, la Cour conclut que l'objet de l'enquête a une attente raisonnable en matière de vie privée en ce qui a trait aux caractéristiques permettant de repérer ses appareils mobiles (*IMSI*, aux paragraphes 140, 177 et 189). Cette attente découle de la nature des renseignements que le SCRS a commencé à recueillir au sujet des activités privées de l'intéressé, une fois qu'il a mis la main sur les identifiants numériques des appareils. L'atteinte par le SCRS à cette attente raisonnable constitue une fouille ou perquisition au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'article 8 et fait intervenir les intérêts en matière de respect de la vie privée qui y sont protégés (*IMSI*, aux paragraphes 111, 149 et 247).

[46] En l'espèce, le PGC et l'*amicus* s'entendent pour dire que les quatre usages de la technologie proposés par le SCRS au Canada constitueraient des fouilles ou perquisitions au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'article 8. En effet, les personnes au Canada ont une attente raisonnable en matière de vie privée en ce qui a trait aux données [***], susceptibles d'être obtenues au moyen de la technologie. Cependant, le PGC et l'*amicus* divergent d'opinion quant à savoir si le recours à la technologie à l'extérieur du Canada à l'égard d'étrangers

a “search”. This will be discussed in part IV.C.(3)(d) below.

C. Would the Proposed Uses of the Technology Within Canada Constitute an “Unreasonable” Search?

[47] Warrantless searches such as those proposed in the present proceeding are presumptively unreasonable. However, that presumption may be rebutted by demonstrating that: (i) the searches are authorized by law, (ii) the law is reasonable, and (iii) the searches will be carried out in a reasonable manner: *Spencer*, at paragraph 68.

(1) Are the Proposed Searches Authorized by Law?

[48] It is common ground between the AGC and the *Amicus* that the four proposed uses of the Technology within Canada would be authorized by section 12 of the CSIS Act, so long as they are only minimally intrusive in nature. The *Amicus* maintains that this would be the case only if CSIS abides by certain conditions that are discussed in section IV.C.(3) below, which addresses the reasonableness of the proposed searches.

(2) Is the Authorizing Law Reasonable?

[49] The AGC and the *Amicus* agree that section 12 is a reasonable law. However, the *Amicus* maintains that the analysis of this second prong of the tripartite test for assessing the reasonableness of the proposed searches should not end there. Instead, the *Amicus* submits that the Court’s assessment should include a review of the [***] as well as the [***].

[50] With respect to the [***], the *Amicus* submits that they do not reasonably contemplate the use of [***] data for national security purposes.

[51] In support of this position, the *Amicus* notes that the NSIRA Report made the following observation at page 6:

dépourvus de tout lien avec le Canada constituerait également des fouilles ou perquisitions. J’en traite à la partie IV.C.3)d).

C. Les usages proposés de la technologie au Canada constitueraient-ils des fouilles ou perquisitions abusives?

[47] Les fouilles et perquisitions exécutées sans mandat, comme celles qui sont proposées dans la présente affaire, sont présumées abusives. Or, cette présomption peut être réfutée. Il s’agit de démontrer (i) que la fouille ou perquisition est autorisée par la loi, (ii) que la loi elle-même n’a rien d’abusif et (iii) que la fouille ou perquisition n’a pas été effectuée de manière abusive (*Spencer*, au paragraphe 68).

1) Les fouilles ou perquisitions proposées sont-elles autorisées par la loi?

[48] Le PGC et l’*amicus* s’entendent pour dire que les quatre usages proposés de la technologie au Canada seraient autorisés par l’article 12 de la Loi sur le SCRS, dès lors que, de par leur nature, ils sont minimalement envahissants. L’*amicus* affirme qu’il faut pour cela que le SCRS respecte certaines conditions dont traite la partie IV.C.3) qui porte sur le caractère non abusif des fouilles ou perquisitions proposées.

2) La loi qui les autorise a-t-elle quelque chose d’abusif?

[49] Le PGC et l’*amicus* sont d’accord pour dire que l’article 12 n’a rien d’abusif. Cependant, selon l’*amicus*, l’examen du second volet de ce critère à trois volets ne devrait pas s’arrêter là. À son avis, la Cour est par ailleurs tenue d’examiner [***], ainsi que [***].

[50] Selon l’*amicus*, on ne peut raisonnablement conclure que [***] prévoient l’utilisation des données [***] aux fins de sécurité nationale.

[51] Au soutien de sa thèse, il fait remarquer que le rapport de l’OSSNR contient la remarque suivante à la page 7 :

[***].

[52] The *Amicus* further notes that similar observations were made in several of the [***] that were attached to one of the affidavits sworn by Affiant 1. In this regard, the *Amicus* quoted the following statement regarding the data available through the Technology: [***].³

[53] [***]This paragraph describes a legal argument put forward by the *Amicus* as to whether an instrument, other than an act or regulation, must be considered in addition to section 12 of the CSIS Act in assessing whether the deployment of the tool is authorized by law. *Amicus* submits that consideration of the instrument supports a conclusion of unreasonableness for the purposes of the Court's inquiry under section 8 of the Charter.***]

[54] In reply, the AGC submits that, for the purposes of section 8, [***] are only potentially relevant to the assessment of whether intrusive investigative activity constitutes a “search.” They are not relevant to the assessment of whether a “search” is unreasonable, unless there is evidence of unlawful activity. The AGC observes that, in the case at hand, there is no such evidence—either in respect of the acquisition of [***] data [***]. Indeed, to the extent that there is any relevant evidence in this regard, it points in the opposite direction. In particular, a document [***] entitled [***] states: “all data collection is done legally [***].”⁴

[55] The AGC maintains that the *Amicus*' position on this issue confuses lack of waiver of a REP with reasonable lawful authority to intrude upon a REP. The latter does not depend on a user consenting to or reasonably expecting such an intrusion. The AGC contends that if there was no REP, there would be no “search” and therefore no need to assess the reasonableness of the authorizing law.

[***].

[52] En outre, l'*amicus* fait observer que plusieurs [***], présentés en pièces jointes à un affidavit souscrit par l'auteur de l'affidavit 1, contiennent des remarques semblables. À propos des données que permet d'obtenir la technologie, il cite l'énoncé suivant : [***]³.

[53] [***]Ce paragraphe décrit un argument juridique mis de l'avant par l'*amicus* à savoir si un instrument, autre qu'une loi ou un règlement, doit être pris en compte en plus de l'article 12 de la Loi sur le SCRS, lorsqu'il s'agit d'évaluer si l'utilisation de la technologie est autorisée par la loi. L'*amicus* propose que la prise en considération de l'instrument soutient la conclusion que ce dernier est « abusif » au sens où il faut l'entendre pour l'examen auquel la Cour doit procéder à la lumière de l'article 8 de la Charte.***]

[54] En réponse, le PGC fait valoir que, pour l'application de l'article 8, [***] peut se révéler pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si une activité envahissante menée dans le cadre d'une enquête constitue une fouille ou perquisition. En revanche, elle ne l'est pas lorsqu'il s'agit de déterminer si une fouille ou perquisition est abusive, sauf s'il existe une preuve d'activité illégale. Le PGC fait observer qu'il n'existe aucune preuve de la sorte, ni à l'égard de l'obtention des données [***]. En fait, la preuve, s'il en est, va dans l'autre sens. Tout particulièrement, aux termes d'un document [***] qui présente un [***], [TRADUCTION] « la collecte des données est effectuée en toute légalité [***] »⁴.

[55] Le PGC affirme que la thèse de l'*amicus* à cet égard confond l'absence de renonciation à l'attente raisonnable en matière de vie privée et le pouvoir légal non abusif de porter atteinte à cette attente raisonnable. Ce dernier ne dépend pas du consentement de l'utilisateur à une telle intrusion ou de son attente raisonnable à cet égard. Le PGC soutient que, sans attente raisonnable en matière de vie privée, il n'y a pas de fouille ou de perquisition. Partant, point n'est besoin de déterminer si la loi qui autorise la fouille ou perquisition a quelque chose d'abusif.

³ [***]

⁴ [***]

³ [***]

⁴ [***]

[56] In support of this position, the AGC notes that in *IMSI* this Court found that the interception of mobile device identifiers without a warrant was lawful, even though [***]. In other words, [***] were not relevant to the assessment of [***].

[57] The AGC further observes that, in the criminal law context, the Supreme Court of Canada (S.C.C.) has acknowledged that police “may employ creativity and subterfuge” and “resort to tricks or other forms of deceit” in conducting their investigations: *R. v. Mills*, 2019 SCC 22, [2019] 2 S.C.R. 320, at paragraph 43; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at page 697.

[58] [***This paragraph describes the Court’s finding that the instrument was relevant to the assessment of whether a device user has an REP in their data but was not relevant to the assessment of whether CSIS proposed intrusions on any REP are authorized by a reasonable law.***]

[59] Given the foregoing, and given the *Amicus*’ acknowledgment that section 12 of the CSIS Act is a reasonable law, it follows that the law authorizing the proposed “searches” is reasonable.

(3) Would the Searches be Carried Out in a Reasonable Manner?

(a) *The First Proposed Use of the Technology Within Canada*

(i) Subjects of Investigation

[60] In this scenario, the Technology would be used against known targets of CSIS investigations, by [***].

[61] This proposed warrantless use of the Technology is the same as that which was before me in respect of the Provisional Warrant, discussed at paragraphs 14–15, above. As discussed, CSIS sought that warrant out of an abundance of caution, to ensure that it did not

[56] Au soutien de sa thèse, le PGC soulève la conclusion de la Cour dans l’affaire *IMSI* selon laquelle l’interception d’identifiants d’appareils mobiles sans mandat est légale, et ce même si [***]. Autrement dit, [***] n’est pas pertinent à la détermination de [***].

[57] Le PGC fait également observer que la Cour suprême du Canada, dans une affaire criminelle, reconnaît que les policiers « peuvent faire appel à la créativité et au subterfuge » et « user d’artifices et d’autres formes de supercherie » dans leur travail d’enquête (*R. v. Mills*, 2019 CSC 22, [2019] 2 R.C.S. 320, au paragraphe 43; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la page 697).

[58] [***Ce paragraphe décrit les conclusions de la Cour à l’effet que l’instrument était pertinent lorsqu’il s’agit de déterminer si l’utilisateur d’un appareil a une attente raisonnable en matière de vie privée à l’égard de ses données, mais n’était pas pertinent lorsqu’il s’agit pour la Cour de décider si l’atteinte à cette attente raisonnable proposée par le SCRS est autorisée par une loi qui n’a rien d’abusif.***]

[59] Vu ce qui précède, et comme l’*amicus* reconnaît que l’article 12 de la Loi sur le SCRS n’a rien d’abusif, il s’ensuit que la loi ayant autorisé la fouille ou perquisition n’a rien d’abusif.

3) Les fouilles ou perquisitions seraient-elles effectuées d’une manière qui n’est pas abusive?

a) *Premier usage proposé de la technologie au Canada*

(i) Objets d’enquête

[60] Dans un tel scénario, la technologie serait utilisée à l’égard de personnes connues faisant l’objet d’enquêtes du SCRS. Ainsi, [***].

[61] Pareil usage de la technologie sans mandat s’assimile à celui dont il est question aux paragraphes 14 et 15 des présents motifs relativement au mandat provisoire. Comme il est indiqué plus haut, le SCRS avait demandé ce mandat par précaution, pour veiller à ne pas

inadvertently violate the Charter while (i) it gained a better understanding of the data that would be returned through the [***Technology***], and (ii) the Court considered whether that particular use of [***] data could be authorized under section 12 of the CSIS Act alone. At that time, CSIS also explicitly reserved its right to return to the Court to argue that this use of the Technology was minimally intrusive and therefore did not require a warrant.

[62] For many of the same reasons discussed in *IMSI* and [***CSIS 2020***] this proposed manner of utilizing the Technology (i) is minimally intrusive of the informational and territorial privacy interests of CSIS's subjects of investigation, and (ii) would not give rise to an "unreasonable" search within the meaning of section 8 of the Charter: *IMSI*, above, at paragraphs 161–163 and 187–189; [***CSIS 2020***], above, at paragraphs 124–125 and 166–168. Consequently, this use would be authorized under section 12 of the CSIS Act, without the need for a warrant. This is subject to the requirement to destroy information that is incidentally collected from non-threat-related third parties quickly, and before assessing that information in any manner whatsoever. I will return to this point in the next section below.

[63] When utilizing the Technology in the manner contemplated by this first proposed use within Canada, CSIS would be seeking information about known subjects of investigation [***] CSIS could then seek a warrant [***].

[64] In the absence of such a warrant, the [***] data obtained by CSIS through the Technology would be very limited. At most, it could consist of [***]. While CSIS's access to this [***] data would intrude upon the target's reasonable expectation of privacy in data [***] from [***] such intrusion would be minimal in nature [***].

[65] As in *IMSI*, CSIS would not be able to access any communications made with the Devices, or any information stored on or accessible through the Devices. Moreover, this proposed use of the Technology would

enfreindre la Charte par inadvertance, pendant que (i) le SCRS se familiariser avec les données qui résulteront [***de l'utilisation de la technologie***], et (ii) pendant que la Cour considère si cet usage particulier des données [***] peut être autorisée en vertu de l'article 12 de la Loi sur le SCRS. À l'époque, le SCRS a expressément indiqué qu'il se réservait le droit de se présenter à nouveau devant la Cour pour plaider que cette utilisation de la technologie était minimalement envahissante et ne nécessitait donc pas l'obtention d'un mandat.

[62] Pour nombre des mêmes motifs que ceux formulés dans les affaires *IMSI* et [***SCRS 2020***], je suis d'avis que l'usage proposé de la technologie (i) porte une atteinte minimale aux intérêts en matière de vie privée des personnes faisant l'objet d'enquêtes du SCRS sur les plans informationnels et géographiques et (ii) ne constituerait pas une fouille ou perquisition « abusive » au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'article 8 de la Charte (*IMSI*, aux paragraphes 161 à 163 et 187 à 189; [***SCRS 2020***], aux paragraphes 124 à 125 et 166 à 168). Par conséquent, cet usage serait autorisé par l'article 12 de la Loi sur le SCRS, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir un mandat, à condition que les renseignements recueillis de manière incidente sur des tiers qui ne présentent pas de menace soient supprimés rapidement, avant tout examen. J'y reviens ci-après.

[63] Suivant le premier usage de la technologie proposé au Canada, le SCRS effectuerait des recherches concernant des personnes connues faisant l'objet d'enquêtes [***]. Le SCRS pourrait alors solliciter un mandat [***].

[64] Sans mandat, les données [***] obtenues par le SCRS au moyen de la technologie auraient une portée très limitée. Tout au plus, il s'agirait [***]. Si l'obtention par le SCRS de ces données porte atteinte à l'attente raisonnable en matière de vie privée des personnes faisant l'objet d'enquêtes à l'égard des données [***] de [***], une telle atteinte est minimale, [***].

[65] Comme dans l'affaire *IMSI*, le SCRS ne serait pas en mesure d'intercepter les communications effectuées au moyen des appareils ou les renseignements stockés dans l'appareil ou accessibles au moyen de l'appareil.

not reveal anything about the activities of CSIS's subjects of investigation. [***] there would be no impact on the target's experience when using the Devices in question.

[66] It bears underscoring that the AGC acknowledges that CSIS would not be able to use the Technology to [***] without a warrant. [***]. Consequently, use of the Technology for such purposes would require a warrant.

[67] I recognize that CSIS's linking of [***] a target's [***] Device may well assist CSIS to begin putting together a personal "profile" of the target, or to add to any profile that it may have already begun to build. However, it is difficult to see how the inferences it may be able to draw regarding the target's personal activities would be particularly strong or invasive: *IMSI*, above, at paragraphs 163 and 189; [****CSIS 2020****], above, at paragraphs 123–125 and 166–168. I am satisfied that any such inferences would not extend to "core" biographical information about the target. [***].

[68] As in *IMSI* and [****CSIS 2020****], the fact that this proposed use of the Technology is minimally intrusive, highly accurate and narrowly focused, significantly assists to support a finding that the "search" is not unreasonable: *IMSI*, above, at paragraphs 7, 207, 209 and 236(i); [****CSIS 2020****], above, at paragraphs 123–125, 161 and 166–168. This high accuracy and narrow focus includes the information obtained by CSIS [***] which is further circumscribed by the [***] criteria that would be specified in utilizing the Technology to obtain the desired results.

[69] I will pause to add that I do not place great significance on the fact that the [***] data accessible through the Technology is [***]. This is so for two reasons. First, that information [***]. Second, the nature of the information obtained is such that its (minimal) degree of its intrusiveness does not materially change by virtue of the fact that it is [***]. In other words, there is nothing about the nature of a Device [***]. In both cases, the capture is equally intrusive, albeit minimally so.

En outre, cet usage proposé de la technologie ne révélerait rien des activités des objets d'enquêtes du SCRS. [***], l'objet de l'enquête ne remarquerait aucun changement dans l'utilisation de ses appareils.

[66] Soulignons que le PGC admet que le SCRS ne serait pas autorisé à utiliser la technologie pour [***], sans mandat. [***]. Par conséquent, l'utilisation de la technologie à ces fins nécessiterait l'obtention d'un mandat.

[67] Certes, en attribuant [***] à l'appareil [***] d'une personne faisant l'objet d'une enquête, le SCRS est peut-être à même de brosser un tableau de cette personne ou d'ajouter à celui qu'il possède déjà. Or, on voit difficilement comment les inférences qu'il peut tirer sur les activités privées de cette personne seraient particulièrement solides ou intimes (*IMSI*, aux paragraphes 163 et 189; [****SCRS 2020****], aux paragraphes 123 à 125 et 166 à 168). Je suis convaincu que ces inférences n'intéresseraient pas des renseignements biographiques essentiels. [***].

[68] Comme dans les affaires *IMSI* et [****SCRS 2020****], le fait que la technologie est minimalement envahissante, très précise et étroitement ciblée étaye ma conclusion selon laquelle la fouille ou perquisition n'est pas abusive (*IMSI*, aux paragraphes 7, 207, 209 et 236(i); [****SCRS 2020****], aux paragraphes 123 à 125, 161 et 166 à 168). Cette grande précision et cette portée étroitement ciblée s'appliquent à l'information obtenue par le SCRS [***] qui est ensuite filtrée davantage grâce aux paramètres [***] indiqués pour obtenir les résultats souhaités au moyen de la technologie.

[69] Signalons que je n'attribue guère d'importance au fait que les données [***] qui résultent de l'utilisation de la technologie sont, [***] et ce pour deux raisons. Premièrement, l'information [***]. Deuxièmement, la nature de l'information obtenue est telle que le degré (minime) d'atteinte ne change pas sensiblement du fait [***]. Autrement dit, rien dans la nature [***] d'un appareil [***]. La collecte est tout autant envahissante dans un cas comme dans l'autre : elle l'est minimalement.

(ii) Non-Threat-Related Third Parties

[70] One of the unfortunate costs of certain legitimate investigative techniques is that private information of “innocent” third parties may be unavoidably captured: *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111 (*Thompson*), at pages 1143–1144. Consequently, in warrant applications under the CSIS Act, this Court has steadfastly endeavoured to minimize such incidental intrusions on the privacy interests of third parties. Stated differently, the Court has sought to ensure that the incidental collection of third party information is not more intrusive or more broad than what is reasonably required to achieve CSIS’s legitimate investigative objectives: *IMSI*, above, at paragraph 253.

[71] In some cases involving the investigation of data pertaining to mobile communications devices, courts have recognized that it may be reasonably necessary to authorize the capture of a small amount of minimally intrusive data pertaining to a very large number of third parties: *IMSI*, above, at paragraphs 66–67; *R. v. Baskaran*, 2020 ONCA 25, 149 O.R. (3d) 409 (CanLII), at paragraphs 18 and 21–23; *R. v. Brewster*, 2016 ONSC 4133 (CanLII) (*Brewster*), at paragraphs 60–62.

[72] This acceptance of the practical necessity of broad capture of minimally intrusive information at the authorization stage has been counterbalanced by ensuring that information pertaining to non-threat-related third parties is quickly destroyed and, where reasonably possible, not subjected to any analysis whatsoever: *IMSI*, above, at paragraphs 5, 156 and 252–254; [***] [***CSIS 2020***] above, at paragraphs 17 and 168; *X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396, at paragraphs 186–188; *Sections 12 and 21 of the Canadian Security Intelligence Service Act, RSC 1985, c C-23 (Re)*, 2019 FC 141, [2019] 2 F.C.R. 359, at paragraphs 32 and 37–39.

[73] In this context, “non-threat-related third parties” means individuals who are not involved in threats to the security of Canada, as defined in section 2 of the CSIS Act.

(ii) Tiers ne présentant pas de menace

[70] Certaines techniques d’enquête légitimes ont pour inconvénient malheureux la possibilité que les renseignements personnels de « tiers innocents » soient inévitablement captés (*R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111 (*Thompson*), aux pages 1143 à 1144. Par conséquent, lorsqu’elle est saisie d’une demande de mandat présentée sous le régime de la Loi sur le SCRS, la Cour est résolue à tenter de limiter pareilles atteintes incidentes à l’intérêt de tiers en matière de vie privée. Autrement dit, la Cour cherche à veiller à ce que la collecte incidente de renseignements concernant des tiers ne soit ni plus envahissante, ni plus large que ce qui est raisonnablement nécessaire au SCRS pour atteindre les objectifs d’enquête légitime (*IMSI*, au paragraphe 253).

[71] Dans certaines enquêtes mettant en jeu les données concernant des appareils de communication mobiles, les tribunaux reconnaissent qu’il peut se révéler raisonnablement nécessaire d’autoriser la collecte d’une petite quantité de données minimalement envahissantes concernant un très grand nombre de tiers (*IMSI*, aux paragraphes 66 à 67; *R. v. Baskaran*, 2020 ONCA 25 (CanLII), aux paragraphes 18 et 21 à 23; *R. v. Brewster*, 2016 ONSC 4133 (CanLII) (*Brewster*), aux paragraphes 60 à 62).

[72] Si les tribunaux acceptent, au moment de l’autorisation, la nécessité pratique d’obtenir une grande quantité de renseignements peu envahissants, ils font néanmoins en sorte que l’information concernant des tiers ne présentant pas de menace soit détruite rapidement et, dans la mesure du possible, ne fasse l’objet d’aucun examen (*IMSI*, aux paragraphes 5, 156 et 252 à 254; [***SCRS 2020***], aux paragraphes 17 et 168; *X (Re)*, 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396, aux paragraphes 186 à 188; *Articles 12 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23 (Re)*, 2019 CF 141, [2019] 2 R.C.F. 359, aux paragraphes 32 et 37 à 39).

[73] Ainsi, par « tiers ne présentant pas de menace » on entend les personnes qui ne sont pas impliquées dans les menaces envers la sécurité du Canada, au sens de l’article 2 de la Loi sur le SCRS.

[74] In the case at hand, each of the four proposed uses of the Technology within Canada is likely to result in the incidental collection of [***] data pertaining to Devices of non-threat-related third parties. An exception would be where the Technology is deployed in relation to [***].

[75] Fortunately, CSIS has a strong incentive to deploy the Technology in a manner that minimizes the [***] data is collected. [***].

[76] Moreover, in certain situations, third party [***] data can be readily identified and quickly destroyed without any adverse impact on CSIS's investigation. [***]. As in *IMSI* [***] *IMSI*, above [***].

[77] For this reason, in considering the Provisional Warrant that I granted on January 25, 2022 (see paragraphs 14–15, above), I insisted on the insertion of [***] requirement. In brief, the authorization to utilize the Technology was limited to situations in which [***] data could be obtained in relation to [***] identified in the warrant, for each named subject of investigation. As in *IMSI*, the data obtained [***] would then be quickly destroyed pursuant to one of the conditions in the warrant, without being subjected to any analysis whatsoever: *IMSI*, above, at paragraphs 5, 7, 156, 236(i), 242 and 253.

[78] Subsequent to the issuance of the Provisional Warrant, the AGC filed additional submissions. Among other things, those submissions maintained that restricting the use of the Technology to [***] would create unacceptable investigative blind spots and would stymie CSIS's investigation. In this regard, the AGC cited the following passage from *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657, at paragraph 57:

.... In short, attempts to impose search protocols during the authorization process risk creating blind spots in an investigation, undermining the legitimate goals of law enforcement that are recognized in the preauthorization process. These problems are magnified by rapid and constant technological change.

[74] En l'espèce, chacun des quatre usages proposés de la technologie au Canada se soldera probablement par la collecte incidente de données [***] concernant les appareils de tiers ne présentant pas de menace. Seule exception : lorsque [***] la technologie vise [***].

[75] Heureusement, le SCRS a de bonnes raisons de limiter [***] que vise la technologie pour en tirer les données [***]. [***].

[76] En outre, dans certaines circonstances, les données [***] de tiers peuvent être facilement reconnues et rapidement supprimées sans qu'en souffre l'enquête du SCRS. [***]. Comme dans l'affaire *IMSI*, [***] *IMSI* [***].

[77] C'est pourquoi j'ai fait insérer une condition quant à [***] dans le mandat provisoire décerné le 25 janvier 2022 (voir les paragraphes 14 et 15 des présents motifs). En bref, l'utilisation de la technologie autorisée se limitait aux situations où les données [***] devaient être obtenues à [***] indiqués dans le mandat, à l'égard de chacune des personnes nommées faisant l'objet de l'enquête. Comme dans l'affaire *IMSI*, les données [***] seraient supprimées rapidement conformément à une condition dont était assorti le mandat, sans aucune analyse (*IMSI*, aux paragraphes 5, 7, 156, 236(i), 242 et 253).

[78] Après que j'ai décerné le mandat provisoire, le PGC a déposé d'autres observations. Entre autres, il affirme que limiter l'usage de la technologie [***] restreindrait de manière inacceptable la portée de l'enquête et la ralentirait. Le PGC cite le passage suivant de l'arrêt *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657, au paragraphe 57 :

... Bref, les tentatives en vue d'imposer des protocoles de perquisition à l'étape de l'autorisation risquent de créer des angles morts dans une enquête et de contrecarrer les objectifs légitimes de l'application de la loi dont tient compte le processus d'autorisation préalable. Ces problèmes sont d'ailleurs amplifiés par l'évolution rapide et constante de la technologie.

[79] The AGC noted that similar observations were made in *R. v. Latimer*, 2020 BCSC 2173, at paragraph 101.

[80] In further support of its position, the AGC gave two examples. The first concerned an investigation of [***]. In this situation, the AGC asserted that it would be entirely possible that CSIS would [***]. In the second example, the AGC posited [***]. The clear implication was that innocent lives could be at stake in the meantime.

[81] Based on the foregoing, and upon further consideration, I agree that it would not be appropriate to impose a [***] requirement in connection with the first of the proposed uses of the Technology, or indeed with respect to any of the three other proposed uses, within Canada. I will note for the record that the *Amicus* expressed the same view.

[82] I am satisfied that the nature of the Technology is such that CSIS will be highly incentivized to use [***] whenever reasonably possible. This is because that manner of proceeding would enable CSIS to rapidly identify the [***] data of its subjects of investigation [***]. When [***] data pertaining to Devices of third parties can be readily identified and quickly destroyed, without the need for any analysis whatsoever. In these circumstances, any intrusions upon the privacy rights of third parties would be temporary and limited [***].

[83] This very small intrusion into the privacy rights of third parties would not be unreasonable. This is because it would be outweighed by the value of the intelligence that the Technology would enable CSIS to obtain: *IMSI*, above, at paragraph 211. Moreover, the [***] parameters that would be used when deploying the Technology would collectively serve to minimize the extent to which [***] data is even temporarily collected. As in *IMSI*, such narrow targeting, combined with the highly accurate and minimally intrusive nature of the proposed uses of the Technology, weigh in favour of concluding that they would not unreasonably intrude upon the privacy rights of third parties.

[79] Le PGC mentionne les remarques semblables figurant dans la décision *R. v. Latimer*, 2020 BCSC 2173, au paragraphe 101.

[80] Le PGC illustre sa thèse de deux exemples. Dans le premier cas, il s'agit d'une enquête [***]. Dans ce cas, selon le PGC, il serait tout à fait possible que le SCRS [***]. Le second exemple concerne [***]. Ce qu'il entend par là, clairement, c'est que des vies innocentes seraient en jeu entre-temps.

[81] Vu ce qui précède et après mûre réflexion, je conviens qu'il ne serait pas judicieux d'assortir d'une condition [***] le premier usage proposé de la technologie, ni les autres usages proposés, au Canada. Signalons que l'*amicus* est du même avis.

[82] Je suis convaincu que, vu la nature de la technologie, le SCRS aura de bonnes raisons de procéder [***] dans la mesure du possible. Il pourrait alors rapidement détecter les données [***] des personnes faisant l'objet de ses enquêtes, [***]. Dans ces cas, il serait facile de distinguer les données [***] des appareils de tiers [***] seraient rapidement supprimées sans aucune analyse. Dans les circonstances, toute atteinte aux droits à la vie privée de tiers serait temporaire et limitée [***].

[83] Pareille atteinte minime aux droits à la vie privée de tiers ne serait pas abusive. En effet, la valeur des renseignements que la technologie permettrait au SCRS d'obtenir l'emporterait sur toute atteinte (*IMSI*, au paragraphe 211). De plus, les paramètres [***], s'ils sont combinés, permettraient de réduire la portée de la collecte — même temporaire — des données [***]. Comme dans l'affaire *IMSI*, la portée étroitement ciblée, la très grande précision et la nature peu envahissante des usages proposés de la technologie permettent de conclure qu'ils ne porteraient pas une atteinte abusive aux droits à la vie privée de tiers.

[84] A further factor that will assist to ensure that such intrusions are not unreasonable is that the Technology can only be deployed when the requirements of section 12 of the CSIS Act are satisfied. These include the necessity for CSIS to have “reasonable grounds to suspect” and the requirement that the use of the Technology be “strictly necessary.” In addition, [***] would have direct access to the [***] results obtained through the Technology. In this regard, Affiant 1 testified that [***] individuals within CSIS currently have the [***] necessary to use the Technology: February 9, 2021 Hearing Transcript, at page 95; see also *Brewster*, above, at paragraphs 60–62. He added that only those individuals would [***] collected [***] in deploying the Technology for the first of the uses that CSIS has proposed in this proceeding. Likewise, they are the only persons who would assess whether [***] collected in the second and third scenarios discussed below were threat-related [***] for retention purposes, although I note that they may consult the operational desk in conducting that assessment.

[85] I will now turn to situations in which the Technology cannot reasonably be deployed in relation to [***]. During the hearing on the Provisional Warrant, I raised the possibility of imposing a cap on the total number of third parties whose [***] data could be obtained through the use of the Technology in relation to [***]. Once again, the AGC took the position that this could significantly reduce the potential utility of the Technology. Using the second of the two examples discussed above, concerning [***] the AGC maintained that the imposition of such a cap would [***].

[86] More generally, the AGC insisted that using the Technology in respect of [***] does not, in and of itself, result in impermissible bulk collection or render the search unreasonable on the basis of overbreadth. This would be so even if use of the Technology in relation to [***] yielded [***] data relating to a large number of innocent third parties. The *Amicus* agreed.

[87] The AGC added that, as a practical matter, for the first of the three uses of the Technology solely

[84] Un autre facteur permet de faire en sorte que de telles atteintes ne soient pas abusives : la technologie ne peut être utilisée qu’en conformité avec les balises prévues à l’article 12 de la Loi sur le SCRS. Il s’agit notamment de la nécessité pour le SCRS d’avoir des « motifs raisonnables de soupçonner » et d’avoir recours à la technologie « dans la mesure strictement nécessaire ». En outre, [***] pourrait consulter les résultats [***obtenus***] au moyen de la technologie. À cet égard, l’auteur de l’affidavit 1 affirme dans son témoignage que [***] employés du SCRS disposent à l’heure actuelle [***] les habilitant à utiliser la technologie (transcription de l’audience du 9 février 2021, à la page 95; voir également *Brewster*, aux paragraphes 60 à 62). Selon lui, seuls ces [***] employés [***] recueillis au moyen de la technologie dans le cadre du premier usage proposé. De même, ils seraient les seuls à déterminer si [***] recueillis au moyen des deuxième et troisième usages, dont il est question ci-après, sont liés à des menaces [***] en vue de décider s’il convient de conserver les données. Je signale que, pour ce faire, ils pourraient cependant consulter le poste opérationnel.

[85] Examinons les situations où [***l’utilisation***] de la technologie ne peut raisonnablement [***]. À l’audience sur le mandat provisoire, j’ai soulevé la possibilité d’imposer un seuil maximal relatif au nombre de tiers dont les données [***] pourraient être recueillies [***]. Le PGC a fait à nouveau valoir que l’utilité de la technologie en souffrirait beaucoup. Rappelant le second exemple mentionné plus haut, à propos [***] il affirme qu’un tel seuil [***].

[86] De manière plus générale, le PGC affirme [***qu’utiliser la technologie***] n’emporte pas une collecte inacceptable de données à grande échelle ni ne rend la fouille ou perquisition abusive au motif qu’elle a une portée excessive. Ce serait le cas, même si [***l’utilisation de la technologie***] permettait de recueillir des données [***] à l’égard d’un grand nombre de tiers innocents. L’*amicus* est du même avis.

[87] Le PGC ajoute que le premier usage proposé de la technologie au Canada permettrait en pratique de

within Canada, the volume of third party data collected [***] “would likely be minimal if any.” This is because the Technology would [***] to a subject of investigation, if it were used in respect of [***] third parties were likely to be present. In such situations, [***] would be returned by the [***Technology***].

[88] Having regard to the foregoing, I am satisfied that it would not be appropriate to impose an arbitrary upper limit on the number [***] when deploying the Technology. This is so even when the Technology is deployed in relation to [***]. However, in all circumstances, any [***] data that is obtained in relation to the Devices of non-threat-related third parties must be quickly destroyed before being subjected to any analysis whatsoever: see paragraph 62, above and paragraphs 116–117 and 126–127 below. For greater certainty, and as discussed in the next section below, this means that CSIS cannot run incidentally collected third party information through its section 12 databases.

[89] In making this determination, I have been given greater comfort by the fact that CSIS will have a strong “built-in” incentive to deploy the Technology in a manner that minimizes the number of Devices of non-threat-related persons in respect of whom [***] data is collected. As discussed, this is because [***]. In the latter case, the use of the Technology would effectively achieve the objective of the second proposed use, discussed in the next section below.

[90] In summary, for the reasons set forth above, the first proposed use of the Technology within Canada would not constitute an “unreasonable” intrusion on the privacy rights of non-threat-related parties. This is so even in situations in which [***] data may be obtained in relation to a large number of non-threat-related third parties.

(iii) Cross-Checking Incidentally Collected Data
Against Previously Collected Information

[91] In the AGC’s supplemental written submissions, the AGC noted that CSIS might run incidentally

recueillir [***] un volume de données de tiers [TRAN-
DUCTION] « probablement minime, voire inexistant ». En effet, la technologie [***] à l’objet d’une enquête si elle était utilisée [***] tiers seraient susceptibles de se trouver. Dans un tel cas, [***] seraient recueillis par la [***technologie***]. [***].

[88] Vu ce qui précède, je suis convaincu qu’il ne serait pas judicieux d’imposer un seuil maximal arbitraire quant au nombre [***] au moyen de la technologie. C’est le cas même si [***l’utilisation***] de la technologie vise [***]. Cependant, dans toutes les circonstances, les [***] données [***] recueillies à l’égard des appareils de tiers non liés à des menaces doivent être rapidement supprimées et ne peuvent faire l’objet d’aucune analyse (voir les paragraphes 62, 116, 117, 126 et 127 des présents motifs). Il est entendu que le SCRS n’est pas autorisé à interroger les bases de données qu’il a élaborées pour l’application de l’article 12 pour vérifier les renseignements de tiers recueillis de manière incidente. Nous y revenons à la rubrique suivante.

[89] Ma décision est justifiée par le fait que le SCRS a tout avantage à limiter le nombre d’appareils appartenant à des tiers non liés à des menaces dont les données [***] sont recueillies. Comme il est expliqué plus haut, [***]. Dans ce cas, la technologie permettrait en fait d’atteindre l’objectif du deuxième usage proposé, expliqué dans la rubrique suivante.

[90] Bref, pour les motifs indiqués plus haut, je suis d’avis que le premier usage proposé au Canada n’emporterait pas une atteinte abusive aux droits à la vie privée de tiers non liés à des menaces, et ce même [***lorsque l’utilisation***] permettrait de recueillir les [***] données [***] d’un grand nombre de tiers non liés à des menaces.

(iii) Comparaison des données recueillies de
manière incidente aux données recueillies
antérieurement

[91] Dans ses observations écrites supplémentaires, le PGC fait remarquer que le SCRS est susceptible

collected [***] through its section 12 databases to determine if any were threat-related. If so, such threat-related [***] would be ingested into CSIS's holdings and subject to future querying.

[92] In my view, such cross-checking against previously collected information would be inconsistent with the stated purpose of the first proposed use of the Technology. That purpose was represented to be confined to [***] a known subject of investigation. This cross-checking would also be inconsistent with the AGC's representation that CSIS [***]. The AGC added:

[***].

[93] Where CSIS is able to conduct a [***]. All [***] data obtained in respect of other Devices [***] can and should be quickly destroyed without further analysis. The same is true with respect to the "[***] circumstances" where CSIS would use the Technology to [***]. This is because the AGC represented that such circumstances would be limited to where CSIS reasonably suspects that either the subject of investigation [***] run incidentally collected [***] through its section 12 database would be akin to authorizing a fishing expedition. That would not be reasonable: *Hunter*, above, at page 167; *Thompson*, above, at page 1145. For greater certainty, this observation is confined to the first of the three uses of the Technology within Canada that have been proposed.

(iv) The *Amicus*' Proposed Conditions

[94] The *Amicus* submits that none of the proposed uses of the Technology would be carried out in a reasonable manner without the imposition of specific limitations on CSIS's ability to (i) share [***] data, and (ii) retain incidentally collected [***] data pertaining to innocent third parties. More specifically, for each of the proposed uses of the Technology within Canada, the *Amicus* maintains that they can only be conducted in a way that is minimally intrusive of section 8 rights on the following conditions:

d'interroger ses bases de données élaborées pour l'application de l'article 12 pour vérifier si [***] recueillis de manière incidente révèlent des menaces. Dans l'affirmative, ces [***] seraient ajoutés aux fonds de renseignements du SCRS pour servir par la suite à des recherches.

[92] À mon avis, une telle vérification dans les fonds de renseignements va à l'encontre de l'objet énoncé du premier usage de la technologie, qui se limite à [***] une personne connue faisant l'objet d'une enquête. En outre, pareil exercice ne serait pas conforme à l'affirmation du PGC selon laquelle le SCRS [TRADUCTION] [***]. Il ajoute ce qui suit :

[TRADUCTION] [***].

[93] Lorsque le SCRS est en mesure de procéder à [***]. Les données [***] recueillies d'autres appareils [***] devraient être supprimées rapidement sans aucune analyse. Il en est de même des « circonstances [***] » où le SCRS [***] au moyen de la technologie. En effet, le PGC affirme que ces situations se produiraient seulement si le SCRS a des motifs raisonnables de soupçonner que la personne faisant l'objet de l'enquête [***] interroger ses bases de données élaborées en application de l'article 12 [***] recueillis de manière incidente serait autoriser une recherche à l'aveuglette, ce qui serait abusif (*Hunter*, à la page 167; *Thompson*, à la page 1145). Il est entendu que cette observation ne s'applique qu'au premier usage proposé de la technologie au Canada.

(iv) Conditions proposées par l'*amicus*

[94] Selon l'*amicus*, il faut, pour que les usages proposés de la technologie ne soient pas jugés abusifs, imposer des limites précises sur le pouvoir du SCRS de (i) communiquer les données [***] et de (ii) conserver les données [***] recueillies de manière incidente à l'égard de tiers innocents. Plus précisément, l'*amicus* affirme que chaque usage proposé de la technologie au Canada ne porte une atteinte minimale aux droits garantis par l'article 8 que si les conditions suivantes sont imposées :

- (a) Collected [***] data [***] is not shared with domestic or foreign agencies; and
- (b) Incidentally collected data (i.e., data relating to persons who are not reasonably suspected to be threats to the security of Canada) is deleted as soon as possible without being uploaded into Service holdings.

[95] Regarding the sharing of [***] data, the *Amicus* maintains that CSIS has no power to control the manner in which its security partners may use shared data, particularly with respect to foreign partners. This was acknowledged by the principal affiant (Affiant 2), who also conceded that he did not know whether CSIS has a policy pursuant to which foreign partners are advised when CSIS concludes that [***] that has been shared is not threat-related.

[96] Consequently, the *Amicus* states that sharing opens the way to uses of [***] data that the Court can neither anticipate nor control. This includes uses that might be very harmful to the individuals concerned. Without any limitation on such sharing, the Court cannot conclude that the proposed uses of the Technology would be “minimally intrusive.” Therefore, the *Amicus* maintains that in the absence of any need to share [***] for the purpose of [***] CSIS should be prevented from engaging in such sharing.

[97] In reply, the AGC submits that a prohibition on sharing [***] data with domestic and foreign partners would be contrary to the CSIS Act and the governing jurisprudence. I agree.

[98] Section 19 of the CSIS Act states as follows:

Authorized disclosure of information

19 (1) Information obtained in the performance of the duties and functions of the Service under this Act shall not be disclosed by the Service except in accordance with this section.

- (a) les données [***] recueillies [***] ne sont pas communiquées à des organismes canadiens ou étrangers;
- (b) les données recueillies de manière incidente (à l'égard de personnes dont on n'a pas de motifs raisonnables de soupçonner qu'elles représentent une menace envers la sécurité du Canada) sont supprimées dès que possible sans être téléversées dans les fonds de renseignements du SCRS.

[95] L'*amicus* soutient que le SCRS est impuissant à l'égard de l'utilisation par ses partenaires du milieu de la sécurité des données qui leur seraient communiquées, tout particulièrement ses partenaires étrangers. L'auteur de l'affidavit principal (l'auteur de l'affidavit 2) l'a reconnu. Il a aussi admis ne pas savoir si le SCRS avait pour politique d'informer ses partenaires étrangers s'il concluait [***] qui leur avait été communiqué n'était pas lié à des menaces.

[96] Par conséquent, selon l'*amicus*, la communication des données [***] ouvre la porte à des usages que la Cour ne peut ni entrevoir ni limiter, y compris des usages susceptibles de faire beaucoup de mal aux intéressés. Sans aucune limite sur la communication de ces données, la Cour ne peut conclure que les usages proposés de la technologie seraient minimalement envahissants. Ainsi, l'*amicus* affirme que, s'il n'est pas nécessaire pour le SCRS de communiquer [***] aux fins [***] il devrait s'en abstenir.

[97] En réponse, le PGC affirme qu'interdire la communication des données [***] aux partenaires canadiens et étrangers irait à l'encontre de la Loi sur le SCRS et de la jurisprudence applicable. Je suis d'accord.

[98] L'article 19 de la Loi sur le SCRS est ainsi libellé :

Autorisation de communication

19 (1) Les informations qu'acquiert le Service dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ne peuvent être communiquées qu'en conformité avec le présent article.

Idem

(2) The Service may disclose information referred to in subsection (1) for the purposes of the performance of its duties and functions under this Act or the administration or enforcement of this Act or as required by any other law and may also disclose such information,

(a) where the information may be used in the investigation or prosecution of an alleged contravention of any law of Canada or a province, to a peace officer having jurisdiction to investigate the alleged contravention and to the Attorney General of Canada and the Attorney General of the province in which proceedings in respect of the alleged contravention may be taken;

(b) where the information relates to the conduct of the international affairs of Canada, to the Minister of Foreign Affairs or a person designated by the Minister of Foreign Affairs for the purpose;

(c) where the information is relevant to the defence of Canada, to the Minister of National Defence or a person designated by the Minister of National Defence for the purpose; or,

(d) where, in the opinion of the Minister, disclosure of the information to any minister of the Crown or person in the federal public administration is essential in the public interest and that interest clearly outweighs any invasion of privacy that could result from disclosure, to that minister or person.

Report to the Review Agency

(3) The Director shall, as soon as is practicable after a disclosure referred to in paragraph 2(d) is made, submit a report to the Review Agency with respect to the disclosure.

[99] As is apparent from the foregoing, subsection 19(2) authorizes CSIS to disclose information obtained in the performance of its duties and functions under that legislation, for several specific purposes. These include (i) the performance of its duties and functions under the CSIS Act; (ii) the administration or enforcement of that legislation; (iii) as required by any other law; and (iv) in the specific circumstances described in paragraphs 19(2)(a)–(d).

[100] The AGC recognizes that these provisions constrain CSIS's ability to share [***] data collected without

Idem

(2) Le Service peut, en vue de l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ou pour l'exécution ou le contrôle d'application de celle-ci, ou en conformité avec les exigences d'une autre règle de droit, communiquer les informations visées au paragraphe (1). Il peut aussi les communiquer aux autorités ou personnes suivantes :

(a) lorsqu'elles peuvent servir dans le cadre d'une enquête ou de poursuites relatives à une infraction présumée à une loi fédérale ou provinciale, aux agents de la paix compétents pour mener l'enquête, au procureur général du Canada et au procureur général de la province où des poursuites peuvent être intentées à l'égard de cette infraction;

(b) lorsqu'elles concernent la conduite des affaires internationales du Canada, au ministre des Affaires étrangères ou à la personne qu'il désigne à cette fin;

(c) lorsqu'elles concernent la défense du Canada, au ministre de la Défense nationale ou à la personne qu'il désigne à cette fin;

(d) lorsque, selon le ministre, leur communication à un ministre ou à une personne appartenant à l'administration publique fédérale est essentielle pour des raisons d'intérêt public et que celles-ci justifient nettement une éventuelle violation de la vie privée, à ce ministre ou à cette personne.

Rapport à l'Office de surveillance

(3) Dans les plus brefs délais possible après la communication visée à l'alinéa (2)d), le directeur en fait rapport à l'Office de surveillance.

[99] Comme il ressort de ce qui précède, le paragraphe 19(2) habilite le SCRS à communiquer les renseignements qu'il obtient dans l'exercice de ses fonctions prévues à la loi à des fins précises : pour (i) l'exercice de ses fonctions prévues à la Loi sur le SCRS; (ii) l'administration et l'application de cette loi; (iii) en vertu d'une autre règle de droit ou (iv) dans les circonstances précisées aux alinéas 19(2)a) à d).

[100] Le PGC reconnaît que ces dispositions limitent la communication des données [***] recueillies sans

a warrant under section 12. In particular, the AGC acknowledges that CSIS would not be able to share such information, domestically or with foreign partners, unless: (i) it was assessed as threat-related, or (ii) it otherwise met the narrow requirements specified in subsection 19(2).

[101] Having regard to the AGC's representations, it would appear that the risk of non-threat-related [***] data being disclosed to a foreign partner, or to a domestic partner outside the restricted circumstances described in that provision, would be very low. This is because such disclosure would presumably be confined to situations where the information was mistakenly assessed as threat-related.

[102] More generally, section 17 of the CSIS Act permits CSIS to cooperate with domestic and foreign state actors, subject to ministerial approval. That provision states:

Cooperation

17 (1) For the purpose of performing its duties and functions under this Act, the Service may,

(a) with the approval of the Minister, enter into an arrangement or otherwise cooperate with

(i) any department of the Government of Canada or the government of a province or any department thereof, or

(ii) any police force in a province, with the approval of the Minister responsible for policing in the province; or

(b) with the approval of the Minister after consultation by the Minister with the Minister of Foreign Affairs, enter into an [agreement] or otherwise cooperate with the government of a foreign state or an institution thereof or an international organization of states or an institution thereof.

Copies of arrangements to Review Agency

(2) Where a written arrangement is entered into pursuant to subsection (1) or subsection 13(2) or (3), a copy thereof shall be given forthwith to the Review Agency.

mandat sous le régime de l'article 12. Tout particulièrement, il admet que le SCRS ne pourrait communiquer ces renseignements à des partenaires canadiens ou étrangers que si (i) leur évaluation révèle une menace ou (ii) qu'ils respectent les exigences strictes précisées au paragraphe 19(2).

[101] Quant aux prétentions du PGC, il semble que le risque de communication de données [***] non liées à des menaces à un partenaire étranger — ou à un partenaire canadien en dehors des circonstances limitées précisées à cette disposition — est très faible. Selon toute probabilité, une telle communication serait limitée aux situations où l'évaluation des renseignements révèle à tort une menace.

[102] En général, l'article 17 de la Loi sur le SCRS habilite le SCRS à collaborer avec des représentants du Canada ou d'États étrangers avec l'approbation du ministre. Cette disposition est ainsi libellée :

Coopération

17 (1) Dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi, le Service peut :

a) avec l'approbation du ministre, conclure des ententes ou, d'une façon générale, coopérer avec :

(i) les ministères du gouvernement du Canada, le gouvernement d'une province ou l'un de ses ministères,

(ii) un service de police en place dans une province avec l'approbation du ministre provincial chargé des questions de police;

(b) avec l'approbation du ministre, après consultation entre celui-ci et le ministre des Affaires étrangères, conclure des ententes ou, d'une façon générale, coopérer avec le gouvernement d'un État étranger ou l'une de ses institutions, ou une organisation internationale d'États ou l'une de ses institutions.

Transmission des ententes à l'Office de surveillance

(2) Un exemplaire du texte des ententes écrites conclues en vertu du paragraphe (1) ou des paragraphes 13(2) ou (3) est transmis à l'Office de surveillance immédiatement après leur conclusion.

[103] The public interest in CSIS being able to share information with foreign partners has been repeatedly recognized by this Court and by the Federal Court of Appeal (F.C.A.): see for example, *Mahjoub (Re)*, 2013 FC 1096, 457 F.T.R. 1, at paragraphs 57–58 and 63; *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2010 FC 1106, [2012] 2 F.C.R. 508, at paragraph 131; and *Canada (Attorney General) v. Charkaoui*, 2018 FC 849, at paragraphs 151 and 155. The F.C.A. has also noted the importance of the “give to get” principle: *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344 (*Mahjoub FCA*), at paragraph 287. This principle was also implicitly recognized by the S.C.C. in the context of Canada being a “net importer” of national security information, where the Court noted the state’s interest in preserving Canada’s present supply of intelligence received from foreign sources: *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraphs 43–44.

[104] In *Mahjoub FCA*, at paragraph 179, the F.C.A. added that “[t]he intelligence-sharing scheme under the [CSIS Act] is subject to various safeguards and oversight and does not in principle [...] result in unreasonable searches in violation of the Charter”.

[105] I will add in passing that, in *IMSI*, this Court concluded that CSIS could intercept identifiers from mobile communications devices without a warrant, despite the possibility that such information could be shared with foreign agencies and despite the potential consequences for the individuals in question: *IMSI*, above, at paragraphs 146 and 168.

[106] Given the foregoing, I consider that it would not be appropriate to limit CSIS’s ability to share [***] data with foreign or domestic partners. In reaching this conclusion, I consider it to be appropriate to underscore the AGC’s acknowledgement that CSIS would not be able to share such information unless: (i) it was assessed as threat-related, or (ii) it otherwise met the narrow requirements specified in subsection 19(2). During oral submissions, the AGC’s representative emphasized that “non-threat-related information can never be shared with foreign agencies and, by and large, it

[103] La Cour et la Cour d’appel fédérale ont reconnu à plusieurs reprises qu’il est dans l’intérêt public que le SCRS soit habilité à communiquer des renseignements à ses partenaires étrangers (voir p. ex. *Mahjoub (Re)*, 2013 CF 1096, aux paragraphes 57 à 58 et 63; *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2010 CF 1106, [2012] 2 R.C.F. 508, au paragraphe 131; *Canada (Procureur général) c. Charkaoui*, 2018 CF 849, aux paragraphes 151 et 155). La Cour d’appel [fédérale] souligne l’importance du principe « qu’il faut donner pour recevoir » *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344 (arrêt *Mahjoub*), au paragraphe 287. Ce principe est reconnu de manière implicite par la Cour suprême du Canada lorsqu’elle affirme que le Canada est un « importateur net » de renseignements relatifs à la sécurité nationale. Cette cour signale l’intérêt qu’a l’État à maintenir ses sources étrangères de renseignements (*Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, aux paragraphes 43 à 44).

[104] Dans l’arrêt *Mahjoub*, au paragraphe 179, la Cour d’appel précise que : « [l]e régime d’échange de renseignements en vertu de [la Loi sur le SCRS] est assujéti à diverses mesures de protection et divers mécanismes de surveillance et ne donne pas lieu en principe [...] à des fouilles abusives en violation de la Charte ».

[105] Précisons que la Cour, dans la décision *IMSI*, est d’avis que le SCRS peut intercepter des identifiants de communications mobiles sans mandat, et ce malgré la possibilité que ces renseignements soient communiqués à des organismes étrangers et malgré les répercussions possibles pour les intéressés (*IMSI*, aux paragraphes 146 et 168).

[106] Vu ce qui précède, j’estime qu’il ne serait pas judicieux d’entraver la capacité du SCRS à communiquer des données [***] à ses partenaires canadiens ou étrangers. Il est judicieux selon moi de rappeler que le PGC reconnaît que le SCRS ne serait habilité à communiquer de tels renseignements que si (i) leur évaluation révèle une menace ou (ii) ils respectent les critères stricts précisés au paragraphe 19(2). Dans ses observations orales, le représentant du PGC souligne que [TRADUCTION] « les renseignements non liés à des menaces ne peuvent jamais être communiqués à des organismes étrangers et, dans la

can't be shared with other Canadian agencies, except in those four very narrowly circumscribed scenarios under section 19(2)(a) to (d)": see March 23, 2021 Hearing Transcript, at page 168.

[107] I will now turn to the *Amicus* proposed condition regarding the retention of incidentally collected data (i.e., non-threat-related data). That condition would require CSIS to delete incidentally collected [***] data "as soon as possible without being uploaded into [CSIS's] holdings."

[108] In support of this proposal, the *Amicus* notes that Affiant 1 testified that the duration of the retention period for [***] data obtained through the Technology would depend on the amount of time that it would take for CSIS to conduct its analysis. Typically, that would be "within days to weeks." However, Affiant 1 noted that it sometimes takes longer. When pressed on this, he stated: "There could be certain circumstances where it might be necessary to retain it for a longer length of time, into the [***]": March 23, 2021 Hearing Transcript, at page 248. When further pressed as to whether he could foresee the retention period [***], he responded in the affirmative but acknowledged that this would be exceptional.

[109] Notwithstanding the foregoing, the AGC maintains that the proposed condition is not necessary for two reasons.

[110] First, the AGC states that the "strictly necessary" language in section 12 of the CSIS Act effectively prevents CSIS from retaining information that is non-threat-related, except in accordance with the dataset regime in sections 11.01 to 11.25 of the legislation. Pursuant to section 11.09, CSIS is required to apply for judicial authorization to retain a Canadian dataset, within 90 days of its collection.

plupart des cas, ne peuvent l'être à des organismes canadiens, sauf dans les quatre situations très précises énumérées aux alinéas 19(2)a) à d) » (voir la transcription de l'audience du 23 mars 2021, à la page 168).

[107] Passons à la condition relative aux données recueillies de manière incidente que propose l'*amicus* (non liées à des menaces). Cette condition obligerait le SCRS à supprimer les données [***] recueillies de manière incidente [TRADUCTION] « le plus rapidement possible et sans les téléverser dans les fonds de renseignements [du SCRS] ».

[108] Au soutien de sa proposition, l'*amicus* fait remarquer que l'auteur de l'affidavit 1 affirme dans son témoignage que la durée de conservation des données [***] recueillies au moyen de la technologie est fonction du temps mis par le SCRS à procéder à l'analyse. Règle générale, elle se mesure [TRADUCTION] « en jours ou en semaines ». Toutefois, selon l'auteur de l'affidavit 1, elle doit parfois être prolongée. En réponse à une question à ce sujet, il dit ceci [TRADUCTION] : « il pourrait être nécessaire dans certaines circonstances de conserver les données plus longtemps, pendant [***] » (transcription de l'audience du 23 mars 2021, à la page 248). En réponse à la question de savoir s'il envisage la possibilité d'une période de conservation s'étalant sur plus [***], il répond par l'affirmative, mais reconnaît qu'une telle situation serait exceptionnelle.

[109] Malgré ce qui précède, le PGC est d'avis que la condition proposée n'est pas nécessaire, et ce pour deux raisons.

[110] Premièrement, selon le PGC, les termes « dans la mesure strictement nécessaire » qui figurent à l'article 12 de la Loi sur le SCRS empêchent dans les faits le SCRS de conserver des renseignements non liés à des menaces, sauf en conformité avec les règles relatives aux ensembles de données du régime prévu aux articles 11.01 à 11.25 de cette loi. Aux termes de l'article 11.09, le SCRS doit présenter une demande d'autorisation judiciaire pour conserver un ensemble de données canadien, dans le délai de 90 jours suivant sa collecte.

[111] Second, the AGC states that the uncontradicted affidavit and testimonial evidence in this proceeding is that the only information that will be uploaded into CSIS's holdings is [***] data that is assessed to be threat-related. Consequently, the proposed condition would be duplicative.

[112] In my view, the AGC's submissions do not entirely address the concerns raised by the *Amicus*. As noted above, Affiant 1 was unable to provide a firm date by which incidentally collected [***] data would be destroyed. No. does section 12 specify any such date.

[113] It bears underscoring that the data in question is [***] data that has been collected from the Devices of individuals who would not be reasonably suspected to be threats to the security of Canada, in the context of the various proposed uses of the Technology in Canada.

[114] In *IMSI*, the short duration of the retention period played a very important role in the Court's conclusion that CSIS could intercept the mobile device identifiers in question without a warrant: *IMSI*, above, at paragraphs 252–254. In this regard, I consider the following observations to be particularly relevant to the present proceeding [at paragraph 254]:

The retention of third party IMSI or IMEI information beyond a very short period of time, or the analysis of such information for a purpose other than simply assisting to identify the mobile device(s) of a subject of investigation, is not authorized by section 12. For this purpose, a “very short period of time” would be measured in days or weeks, although I will remain open to being persuaded that there are sound reasons for aligning this period with the [***] for the destruction of third party information that is applicable in other contexts, including the retention of certain types of metadata (*X (Re)*, above, at para 253). I expect that this will be the subject of further exchanges with the Attorney General following the release of this decision.

[115] The AGC has not identified a principled basis for adopting a different approach in this case. However, I recognize that some adjustment is warranted in light of Affiant 1's evidence, discussed at paragraph 108, above.

[111] Deuxièmement, le PGC affirme que, suivant l'affidavit non contredit et la preuve testimoniale en l'espèce, seules les données [***] dont l'évaluation révèle une menace seront téléversées dans les fonds de renseignements du SCRS. Par conséquent, la condition proposée est redondante.

[112] À mon avis, les prétentions du PGC ne répondent pas complètement aux préoccupations soulevées par l'*amicus*. Comme il est mentionné plus haut, l'auteur de l'affidavit 1 n'était pas en mesure d'indiquer la date à laquelle les données [***] recueillies de manière incidente seraient supprimées. L'article 12 ne précise pas de délai dans ce cas non plus.

[113] Il importe de mentionner que les données en question sont des données [***] recueillies à l'égard des appareils de personnes dont on n'a aucun motif de soupçonner qu'elles présentent une menace envers la sécurité du Canada, au regard des usages proposés de la technologie au Canada.

[114] Dans l'affaire *IMSI*, la courte période de conservation importe dans la conclusion de la Cour selon laquelle le SCRS est habilité à intercepter les identifiants des appareils mobiles en question sans mandat (*IMSI*, aux paragraphes 252 à 254). À cet égard, j'estime le passage suivant particulièrement de circonstance [au paragraphe 254] :

L'article 12 n'autorise pas la conservation d'IMSI ou d'IMEI de tiers au-delà d'un très court laps de temps ou leur analyse à des fins autres que la simple reconnaissance de l'appareil mobile d'une cible. À cette fin, un « très court laps de temps » se mesure en jours ou en semaines, bien que je demeure disposé à me laisser convaincre qu'il existe de bonnes raisons pour faire correspondre cette période avec le délai [***] qui s'applique à l'élimination des informations sur des tiers en d'autres contextes, dont la conservation de certains types de méta-données (*X (Re)*, précité, au paragraphe 253). Je prévois que cette question fera l'objet d'autres échanges avec la procureure générale après la publication de la présente décision.

[115] Le PGC n'a pas soulevé de bonnes raisons pour justifier une démarche différente en l'espèce. Cependant, je reconnais qu'un ajustement s'impose étant donné la

[116] Having regard to that evidence, I consider that an outside period of [***] would not be unreasonable. Nevertheless, consistent with the AGC's representations to the Court in a letter dated June 24, 2022, the Court understands that non-threat-related [***] data will typically be deleted "within days or weeks post-collection." This will occur as soon as CSIS has completed its assessment of the information in question and filed its operational report or the last of its operational reports, in respect of the information. In the exceptional circumstances in which a retention period of [***] is considered to be insufficient, CSIS can always return to the Court to seek an extension of time.

[117] In summary, I agree with the *Amicus* that there should be a limit on how long CSIS may retain incidentally collected [***] data, as defined above. That limit should be [***]. So long as certain additional general operating principles are followed, the incidental collection of [***] data pertaining to non-threat-related parties would not be unreasonable. Those principles are that (i) incidentally collected [***] data will be destroyed as soon as CSIS is able to [***] to its subjects of investigation; (ii) that destruction will occur before any use whatsoever is made of incidentally collected [***] data, and before CSIS ever discovers the identity of the individuals behind that data; (iii) only individuals within CSIS who are authorized users of the technology will have access to incidentally collected [***] data—at present, there are [***] individuals; and, (iv) such [***] data will be sequestered during the assessment period. For greater certainty, only [***] data that is assessed to be threat-related would be ingested into CSIS's holdings. In the presumably exceptional situation in which CSIS may wish to retain incidentally collected [***] data as a Canadian dataset, it shall not make any use of that data unless and until it receives the approval of the Court pursuant to section 11.13 of the CSIS Act. If it failed to bring such an application within 90 days, it would be required to destroy the information pursuant to subsection 11.09(3).

preuve présentée par l'auteur de l'affidavit 1, dont il est question au paragraphe 108 des présents motifs.

[116] En ce qui concerne cette preuve, j'estime qu'une période allant jusqu'à [***] ne serait pas déraisonnable. Néanmoins, à la lumière des observations présentées par le PGC dans une lettre datée du 24 juin 2022, la Cour comprend que les données [***] qui ne sont pas liées à des menaces sont en règle générale supprimées [TRADUCTION] « dans les jours ou semaines suivant la collecte ». Les données sont supprimées dès que le SCRS a procédé à l'évaluation des renseignements en question et déposé son rapport opérationnel, ou le dernier de tels rapports. Dans les cas très exceptionnels où un délai de conservation [***] n'est pas suffisant, le SCRS peut en demander la prorogation à la Cour.

[117] En bref, je conviens avec l'*amicus* qu'il faut définir un délai de conservation des données [***] recueillies de manière incidente par le SCRS, comme ce concept est défini plus haut. Ce délai devrait être [***]. Dès lors que certains principes généraux sont suivis, la collecte incidente de données [***] relatives à des tiers non liés à des menaces ne serait pas effectuée de manière abusive. Ces principes sont les suivants : (i) les données [***] recueillies de manière incidente sont supprimées dès que le SCRS est en mesure [***] aux personnes faisant l'objet d'enquêtes; (ii) les données [***] recueillies de manière incidente sont supprimées avant toute utilisation et avant que le SCRS ne découvre l'identité des personnes à qui ces données correspondent; (iii) seuls les employés du SCRS qui sont autorisés à utiliser la technologie peuvent consulter les données [***] recueillies de manière incidente (à l'heure actuelle, il [***]); (iv) ces données [***] sont mise à l'écart pendant la période d'évaluation. Il est entendu que seules les données [***] dont l'évaluation révèle une menace seraient téléversées dans les fonds de renseignements du SCRS. Dans la situation vraisemblablement exceptionnelle où ce dernier souhaite conserver des données [***] recueillies de manière incidente dans un ensemble de données canadien, il doit attendre, pour faire usage de ces renseignements, d'obtenir l'autorisation de la Cour conformément à l'article 11.13 de la Loi sur le SCRS dans le délai de 90 jours, à défaut de quoi il doit supprimer les renseignements en application du paragraphe 11.09(3).

(v) Conclusion

[118] For the reasons provided in parts IV.C.(3)(i)–(iv), above, the manner in which the first proposed use of the Technology within Canada would be carried out would not be unreasonable.

(b) *The Second Proposed Use of the Technology Within Canada*

[119] As with the first of the four proposed uses of the Technology, the second use would be deployed against known targets of CSIS investigations [***] within Canada. However, the objective of this proposed use would be to [***].

[120] The AGC maintains that CSIS could reasonably suspect [***], and therefore deploy the Technology, in two types of situations. The first is where [***]. The example provided was [***]. Given the existence of a nexus to both a target of investigation and threat-related activity, I agree that the reasonable grounds to suspect threshold would be met in this type of situation. That threshold simply requires “something more than a mere suspicion and something less than a belief based upon reasonable and probable grounds” that the individual in question is *possibly* engaged in threat-related conduct: *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456, at paragraph 75; and *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220, at paragraph 26.

[121] The second type of situation in which the AGC states that this test would be met concerns [***]. In such situations, the AGC states that CSIS could reasonably suspect [***]. Once again, given the existence of a nexus to both a target of investigation and a threat-related event, I agree that the reasonable grounds to suspect threshold would be met in that situation.

[122] I also consider that the cross-checking of collected [***] against the information in CSIS’s databases would be permissible in these two types of situations, without a warrant. This is because, in contrast to the first proposed use, this exercise would not be equivalent to a “fishing expedition”: see paragraph 93, above. The

(v) Conclusion

[118] Pour les motifs énoncés aux rubriques IV.C.(3)(i) à (iv) des présents motifs, je suis d’avis que le premier usage proposé de la technologie au Canada ne serait pas effectué de manière abusive.

b) *Deuxième usage proposé de la technologie au Canada*

[119] À l’instar du premier des quatre usages proposés de la technologie, le deuxième usage viserait des personnes connues faisant l’objet d’enquêtes du SCRS [***] au Canada. Cependant, cet usage proposé a pour objet [***].

[120] Selon le PGC, il serait raisonnable pour le SCRS de soupçonner [***] et d’utiliser la technologie dans deux types de situations. La première est celle où [***]. Il fournit l’exemple [***]. Vu l’existence d’un lien avec d’une part l’objet d’une enquête et d’autre part une activité liée à des menaces, je suis d’accord pour dire qu’il existerait dans un tel cas des motifs raisonnables de soupçonner. De tels motifs appellent simplement « plus que de simples soupçons, mais ils ne correspondent pas à une croyance fondée sur des motifs raisonnables et probables » que l’intéressé participe *peut-être* à une activité liée à des menaces (*R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456, au paragraphe 75 et *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220, au paragraphe 26).

[121] Le second type de situation où il serait satisfait au critère, selon le PGC, concerne [***]. Dans ce genre de situations, le PGC estime qu’il serait raisonnable pour le SCRS de soupçonner [***]. Vu l’existence d’un lien avec d’une part l’objet d’une enquête et d’autre part un incident lié à des menaces, je suis d’accord pour dire qu’il serait satisfait au critère des motifs raisonnables de soupçonner dans un tel cas.

[122] À mon avis, il serait permis au SCRS d’interroger sans mandat ses bases de données pour vérifier si elles contiennent [***] recueillis dans ces deux types de situations. Contrairement à la situation que présenterait le premier usage proposé, pareil exercice ne constituerait pas une « recherche à l’aveuglette » (voir le

whole purpose for collecting [***] in CSIS's holdings. This would include presumably lawfully obtained information already [***]. If CSIS were unable to undertake that task, there would be little point in collecting the [***] in question [***].

[123] Turning to the degree of intrusiveness of this second proposed use of the Technology, it is readily apparent that, with one exception, it would not be any more intrusive than the first proposed use, insofar as the privacy interests of individuals whose [***] data is collected are concerned.

[124] The one exception is that CSIS would be able to learn [***]. However, as was the case in *IMSI*, that [***] would remain minimally intrusive in nature: *IMSI*, above, at paragraphs 144, 162–163, 172, 186 and 247. This is because using the Technology in this way would not enable CSIS to make more than minimal inferences or gain more than minimal insights into the types of lifestyle choices and other private activities that are protected by section 8 of the Charter. Indeed, the identities of the individuals behind the collected [***] would remain unknown unless they were already [***] in CSIS's data holdings.

[125] As with the first proposed use of the Technology within Canada, the second proposed use would not enable CSIS to access (i) the content of any communications made with the Devices in question, or (ii) any information stored on or accessible through those Devices.

[126] Likewise, for the same reasons discussed at paragraph 89, above, CSIS would again have a strong “built-in” incentive to minimize the extent to which [***] data of non-threat-related parties would be collected. In this regard, the AGC asserted that measures adopted by CSIS to reduce the risk and scope of such incidental collection would include “[***].” (As with the first proposed use of the Technology, CSIS would [***].)

[127] The *Amicus* agreed that this second proposed use of the Technology would be minimally intrusive,

paragraphe 93 des présents motifs). La seule raison qui justifie la collecte [***] que détient déjà le SCRS, notamment des renseignements obtenus de manière vraisemblablement légale [***]. Si le SCRS n'était pas habilité à procéder à de [***telles tâches***], la collecte [***] en question ne servirait à rien [***].

[123] Il ressort de ce qui précède qu'à une exception près, le deuxième usage de la technologie ne serait pas plus envahissant que le premier, en ce qui a trait aux intérêts en matière de vie privée des personnes dont les données [***] sont recueillies.

[124] Il existe une seule exception à ce qui précède. Le SCRS serait en mesure de découvrir [***]. Cependant, comme c'était le cas dans l'affaire *IMSI*, [***] sont peu envahissants de par leur nature (*IMSI*, au paragraphes 144, 162 à 163, 172, 186 et 247). En effet, en utilisant la technologie de cette manière, le SCRS ne serait en mesure de tirer que des inférences minimales ou de découvrir des renseignements minimaux sur les habitudes et autres activités privées que protège l'article 8 de la Charte. En effet, l'identité des personnes à qui correspondent [***] ne serait pas connue, à moins que le SCRS leur ait déjà [***] versés dans ses fonds de renseignements.

[125] À l'instar du premier usage proposé de la technologie au Canada, le deuxième ne permettrait pas au SCRS de voir (i) la teneur de communications faites au moyen de l'appareil en question ou (ii) les renseignements stockés dans l'appareil ou accessibles par ce dernier.

[126] Pour les mêmes motifs que ceux énoncés au paragraphe 89 des présents motifs, j'estime que le SCRS aurait tout avantage à limiter la collecte de données [***] de tiers non liés à des menaces. À cet égard, selon le PGC, les mesures en vue d'atténuer le risque et de réduire la portée de la collecte incidente de telles données consisteraient notamment à [TRADUCTION] « [***] ». (Comme dans le cas du premier usage proposé de la technologie, le SCRS [***].)

[127] L'*amicus* est d'accord pour dire que le deuxième usage proposé de la technologie serait minimalement

provided that it was subject to the same two conditions that he suggested in respect of the first proposed use, namely: (i) the collected [***] data would not be shared with domestic or foreign agencies; and (ii) incidentally collected data would be deleted as soon as possible, without being uploaded into CSIS's holdings. For the reasons discussed at paragraphs 95–106, above, I do not consider that it would be appropriate to impose the first condition. As to the second condition, and subject to one caveat, I agree that this use of the Technology would only meet the requirements of section 8 of the Charter if incidentally collected data were treated in accordance with the principles described at paragraphs 116–117, above. The caveat is that the [***] CSIS employees who are authorized to utilize the Technology would be permitted to consult an operations-level person when assessing whether [***] collected in this scenario were threat-related. This caveat applies equally to the third scenario discussed immediately below.

[128] I recognize that this second use of the Technology within Canada would enable CSIS to [***] and that in *IMSI* the Court observed that CSIS should not use CSS technology to “geo-locate” anyone without a warrant: *IMSI*, above, at paragraph 5. However, that observation must be understood by reference to the context in which it was made. Specifically, the Court was informed that one of the two uses of CSS technology was to conduct “geo-location CSS operations”: *IMSI*, above, at paragraphs 31, 54, 56, 71 and 239. In this regard, the evidence before the Court was that [***] *IMSI*, above, at paragraphs 71 and 156. The Court understood that, being mobile, the device could well be travelling around. The Court was also provided with an explanation of [***] situations in which CSIS had previously conducted such an operation. In that situation, in which CSIS had a warrant, CSIS [***]. These types of situations would constitute [***] which the AGC concedes would require a warrant. The AGC's similar concession in *IMSI* must be understood in the foregoing context: *IMSI*, above, at paragraph 137. In my view, the use of the Technology to [***] would not constitute [***].

envahissant, à condition qu'il soit assujéti aux mêmes conditions qu'il a suggérées à l'égard du premier usage, à savoir (i) les données [***] recueillies ne sont pas communiquées aux organismes canadiens ou étrangers et (ii) les données recueillies de manière incidente sont supprimées dès que possible, sans être téléversées dans les fonds de renseignements du SCRS. Pour les motifs énoncés aux paragraphes 95 à 106 des présents motifs, je ne crois pas qu'il serait judicieux d'imposer la première condition. Quant à la seconde, je conviens, à une exception près, que cet usage de la technologie ne satisfait à l'article 8 de la Charte que si les données recueillies de manière incidente sont traitées suivant les principes énoncés aux paragraphes 116 à 117. Cette exception permet que les [***] employés du SCRS autorisés à utiliser la technologie consultent un collègue affecté aux opérations pour déterminer si [***] recueilli dans une telle situation est lié ou non à une menace. Elle s'applique également à la troisième situation décrite ci-après.

[128] Je reconnais que le deuxième usage de la technologie au Canada permettrait au SCRS [***]. Dans l'affaire *IMSI*, la Cour fait observer que le SCRS n'est pas autorisé à utiliser la technologie relative aux ESB pour « géolocaliser » quiconque sans mandat (*IMSI*, au paragraphe 5). Cependant, il faut interpréter cette remarque à la lumière de son contexte. Plus précisément, on a informé la Cour que la technologie relative aux ESB servait notamment à mener des « opérations de géolocalisation » (*IMSI*, aux paragraphes 31, 54, 56, 71 et 239). À cet égard, selon la preuve présentée à la Cour, [***] (*IMSI*, aux paragraphes 71 et 156). La Cour savait bien qu'il était possible que l'appareil, comme il était mobile, se déplace. On a aussi expliqué à la Cour [***] situations où le SCRS avait mené une telle opération. Dans ce cas, le SCRS avait obtenu un mandat. Il [***]. Ces situations constitueraient [***] et nécessiteraient des mandats, admet le PGC. La concession semblable faite par le PGC dans l'affaire *IMSI* doit être interprétée à la lumière de ce contexte (*IMSI*, au paragraphe 137). À mon avis, l'utilisation de la technologie en vue [***] ne constitue pas [***].

(c) *The Third Proposed Use of the Technology Within Canada*

[129] The third proposed use of the Technology would be in respect of the same two types of [***] within Canada discussed at paragraphs 120 and 121, above. The principal difference would be that CSIS [***]. The purpose of using the Technology in this third type of situation [***].

[130] Insofar as the initial collection is concerned, the reasonable grounds to suspect set forth in section 12 of the CSIS Act would be satisfied [***]. Regarding CSIS's subsequent retention, the reasonable grounds to suspect would be established upon confirmation that the [***] is the same as an [***] already in CSIS's database and linked to [***].

[131] The AGC submits that this proposed use of the Technology would be minimally intrusive for the same reasons as discussed above in relation to the second proposed use. I agree. This assumes that the operational principles and measures discussed at paragraphs 116–117 and 126–127, above, are followed and CSIS does not merely [***].

[132] The *Amicus* maintains that this proposed use of the Technology can only be conducted in a way that is minimally intrusive of individuals' rights under section 8 of the Charter if it is subject to three conditions. It is unnecessary to discuss the first two here, as they are the same as the conditions the *Amicus* proposed in relation to the first two proposed uses, discussed above.

[133] The third condition proposed by the *Amicus* is that CSIS's third proposed use of the Technology be confined to situations in which CSIS reasonably suspects that [***] in question involves activities within Canada directed toward, or in support of, the threat or use of acts of serious violence against persons or property for the purpose of achieving a political, religious or ideological objective within Canada or a foreign state. This language tracks the wording of the third of the four types of threats to the security of Canada defined in section 2 of the CSIS Act.

c) *Troisième usage proposé de la technologie au Canada*

[129] Le troisième usage proposé de la technologie concerne les types [***] au Canada dont il est question aux paragraphes 120 et 121 des présents motifs. La principale différence tiendrait à ce que le SCRS [***]. Le SCRS voudrait utiliser la technologie dans ce troisième type de situations pour [***].

[130] Quant à la collecte de données initiale, [***] permettrait qu'il soit satisfait au critère des motifs raisonnables de soupçonner prévu à l'article 12 de la Loi sur le SCRS. Quant à la conservation des données par le SCRS, l'existence de ces motifs serait démontrée s'il est confirmé que [***] se trouve déjà dans les bases de données du SCRS et a rapport [***].

[131] Selon le PGC, cet usage proposé de la technologie serait minimalement envahissant pour les mêmes raisons que celles énoncées à l'égard du second usage. Je suis d'accord, tant que les principes opérationnels et les mesures dont traitent les paragraphes 116 à 117 et 126 à 127 des présents motifs sont suivis et que le SCRS ne se contente pas [***].

[132] Selon l'*amicus*, cet usage proposé de la technologie porte une atteinte minimale aux droits que protège l'article 8 de la Charte seulement s'il est assujéti à trois conditions. Il n'est pas nécessaire de traiter des deux premières, car elles ont été suggérées à l'égard des deux premiers usages.

[133] Suivant la troisième condition suggérée par l'*amicus*, le troisième usage proposé de la technologie serait limité aux situations où le SCRS a des motifs raisonnables de soupçonner que [***] implique des activités qui se déroulent au Canada et visent à favoriser l'usage de la violence grave ou de menaces de violence contre des personnes ou des biens dans le but d'atteindre un objectif politique, religieux ou idéologique au Canada ou dans un État étranger. Le libellé de cette condition reprend celui du troisième des quatre types de menaces envers la sécurité du Canada, dont la définition figure à l'article 2 de la Loi sur le SCRS.

[134] The *Amicus* suggested that the foregoing condition is necessary because this proposed use of the Technology could be used in excessive ways in the absence of [***]. This is particularly so given the “malleability” of CSIS’s concept of [***].

[135] In my view, it would not be appropriate to impose this condition on the third proposed use of the Technology. In brief, I do not see any principled basis for limiting this third proposed use of the Technology to only one of the four types of threats to the security of Canada described in section 2 of the CSIS Act. Moreover, as a practical matter, such a condition could well create blind spots in CSIS’s ability to assess such threats: *Vu*, above, at paragraph 57. [***] are often not easily ascertainable in advance. For essentially the same reason that police are afforded “a certain amount of latitude” with respect to the manner in which they conduct searches (*R. v. Cornell*, 2010 SCC 31, [2010] 2 S.C.R. 142, at paragraphs 22–24), it is appropriate to give CSIS a margin of discretion in determining when [***] exist and when deploying the Technology might assist it to identify [***].

[136] It bears emphasizing that my conclusion regarding CSIS’s ability to engage in this proposed use of the Technology without a warrant is premised on CSIS’s adherence to the operational principles and measures discussed at paragraphs (116–117 and 126–127) above. It is also based on the AGC’s representations that CSIS will not use the Technology to [***] anyone, without a warrant.

(d) *The Fourth Proposed Use of the Technology Within Canada*

(i) Introduction

[137] Whereas the first three proposed uses of the Technology would be entirely within Canada, the fourth proposed use would involve investigative activity both outside and within Canada. In brief, the Technology would [***].⁵

⁵ [***]

[134] Selon l’*amicus*, cette condition est nécessaire. À son avis, cet usage proposé de la technologie risque de mener à des excès [***], tout particulièrement étant donné la « fluidité » que le SCRS attribue au concept [***].

[135] À mon avis, il ne serait pas judicieux d’assortir de cette condition le troisième usage proposé. En résumé, aucune raison ne justifie qu’on limite l’usage proposé de la technologie à un seul des quatre types de menaces envers la sécurité du Canada décrits à l’article 2 de la Loi sur le SCRS. En outre, sur le plan pratique, pareille condition serait susceptible d’entraver la capacité du SCRS à évaluer les menaces (*Vu*, au paragraphe 57). [***] ne sont pas faciles à déterminer d’avance. Tout comme les policiers doivent pouvoir jouir « d’une certaine latitude » en ce qui concerne la manière dont ils procèdent aux fouilles et perquisitions (*R. c. Cornell*, 2010 CSC 31, [2010] 2 R.C.S. 142, aux paragraphes 22 à 24), il est judicieux de donner au SCRS une certaine marge lorsqu’il s’agit de décider s’il existe [***] et si l’utilisation de la technologie est susceptible de l’aider à identifier [***].

[136] Soulignons que j’arrive à cette conclusion à propos de cet usage proposé sans mandat en tenant pour acquis que le SCRS appliquera les principes opérationnels et les mesures dont traitent les paragraphes 116 à 117 et 126 à 127 des présents motifs et que, suivant les prétentions du PGC, le SCRS n’utilisera pas la technologie pour [***] quiconque sans mandat.

d) *Quatrième usage proposé de la technologie au Canada*

(i) Introduction

[137] Si les trois premiers usages proposés de la technologie auraient lieu au Canada, le quatrième usage proposé fait intervenir des activités d’enquête se déroulant également à l’étranger. En résumé, la technologie [***].⁵

⁵ [***]

[138] In attempting to make this determination, [***]. The AGC underscored that CSIS's collection would be limited to this [***] determination.

[139] In my view, this use of the Technology to [***] would be minimally intrusive. This is so for essentially the same reason that the deployment of the Technology in the second and third proposed uses discussed above would be minimally intrusive. As I have noted, one of the ways in which those proposed uses of the Technology would be intrusive would be by enabling CSIS to obtain [***]. While the capture of this information might ultimately enable CSIS to [***], this alone is minimally intrusive for the reasons discussed at paragraphs 123–128 and 131. Given that the [***] information obtained in the fourth proposed use would be [***] than in the second and third proposed uses, it would be even more minimally invasive.

[140] It follows that this fourth proposed use of the Technology would not require a warrant.

[141] For greater certainty, the AGC and CSIS have explicitly represented to the Court that as soon as CSIS is able to [***], CSIS would be required to apply for a warrant before making further use of the Technology in relation to [***].

V. Assessment of the Proposed Uses of the Technology Outside Canada (Issue No. 2)

A. *Introduction*

[142] Outside Canada, CSIS proposes to use the Technology to collect [***] data in two types of situations. The first would be to [***]. These more-than-minimally intrusive investigative activities would all be done outside Canada.

[143] In the second type of situation, CSIS would [***]. As with the first situation described above, this would all be done outside Canada.

[144] In my view, the reasonable grounds to suspect requirement of section 12 of the CSIS Act would be satisfied in both of the above-described types of situations.

[138] Pour ce faire, [***]. Le PGC souligne que la collecte [***] par le SCRS se limiterait à cette [***] question.

[139] À mon avis, cet usage de la technologie, [***] serait minimalement envahissant, à l'instar des deuxième et troisième usages dont il est question plus haut, pour essentiellement les mêmes motifs. Comme je l'indique plus haut, ces usages proposés de la technologie peuvent se révéler envahissants notamment s'ils permettent au SCRS de recueillir [***]. Certes, la collecte de tels renseignements est susceptible d'aider le SCRS à [***]. Or, ces renseignements à eux seuls sont minimalement envahissants, pour les motifs expliqués aux paragraphes 123 à 128 et 131. Comme les renseignements [***] obtenus au moyen du quatrième usage seraient [***] que ceux qui résulteraient des deuxième et troisième usages proposés, ils seraient encore moins envahissants que ces derniers.

[140] Il s'ensuit que le quatrième usage proposé de la technologie ne requiert pas l'obtention d'un mandat.

[141] Il est entendu que le PGC et le SCRS ont affirmé devant la Cour que, dès lors que le SCRS est en mesure [***], il serait contraint de solliciter un mandat avant d'utiliser la technologie à l'égard [***].

V. Évaluation des usages proposés de la technologie à l'extérieur du Canada (question 2)

A. *Introduction*

[142] À l'extérieur du Canada, le SCRS propose de recourir à la technologie pour recueillir [***] les données [***] dans deux situations. Dans le premier cas, [***]. Ces activités d'enquête, qui sont plus que minimalement envahissantes, auraient lieu à l'extérieur du Canada.

[143] Dans la seconde situation, le SCRS [***]. Comme dans le premier cas, cette activité aurait lieu à l'extérieur du Canada.

[144] À mon avis, il serait satisfait au critère des motifs raisonnables de soupçonner que prévoit l'article 12 de la Loi sur le SCRS dans les deux situations décrites plus haut.

[145] Accordingly, what remains to be determined is whether section 12 authorizes the degree of intrusiveness of these proposed uses of the Technology, outside Canada, without a warrant. For the reasons that follow, I consider that it does.

[146] I will pause to note for the record that the AGC recognizes that the collection of [***] data outside Canada in the two situations described above could foreseeably result in the incidental or inadvertent collection of [***] data from a Device belonging to a Canadian citizen. The AGC represented that where CSIS determines that such collection, or indeed any similar collection from a person with a nexus to Canada, has occurred CSIS would sequester the information. The AGC would then return to the Court to make submissions as to whether such incidentally or inadvertently collected information could be collected on a warrantless basis. I agree that the immediate sequestration of such information, combined with an expeditious return to the Court, would be the appropriate manner in which to proceed if and when this type of scenario occurs. For greater certainty, this conclusion is premised on the understanding that CSIS would not make any use of such sequestered information pending further instruction from the Court.

B. Analysis

[147] The AGC concedes that the Charter applies to CSIS's investigative activities, wherever they occur. In this regard, the AGC notes that the preamble to the CSIS Act refers to the importance of CSIS "perform[ing] its duties and functions in accordance with the rule of law and in a manner that respects the [Charter]." Nevertheless, CSIS maintains that foreign nationals with no nexus to Canada have no rights under the Charter. Consequently, they cannot have an REP in the [***] data of their Devices, as that concept is understood in the Charter jurisprudence.

[148] The *Amicus* acknowledges that foreign nationals with no nexus to Canada do not have rights under section 8 of the Charter. Nevertheless, the *Amicus* maintains that those individuals have an REP in the [***] data of

[145] Ainsi, il reste à décider si l'article 12 autorise la portée envahissante de ces usages proposés de la technologie à l'extérieur du Canada sans mandat. Pour les motifs qui suivent, j'estime que c'est le cas.

[146] Signalons que le PGC reconnaît le risque que la collecte de données [***] à l'extérieur du Canada dans les deux situations décrites plus haut permette de capter de manière incidente ou par inadvertance les données [***] d'un appareil appartenant à un citoyen canadien. Selon le PGC, dès lors que le SCRS s'aperçoit que de telles données ont été recueillies, ou celles d'une personne ayant un lien avec le Canada, il les isolerait. Le PGC présenterait alors à la Cour ses observations sur la légalité de la collecte incidente ou par inadvertance de telles données sans mandat. Je suis d'accord pour dire que l'isolement immédiat de ces renseignements suivi d'une présentation dans les plus brefs délais à la Cour constitueraient la manière de procéder dans ces situations, si elles se produisaient. Il est entendu qu'en tirant cette conclusion, je tiens pour acquis que le SCRS n'utilisera pas les renseignements mis en isolement avant d'avoir obtenu les directives de la Cour à cet égard.

B. Analyse

[147] Le PGC reconnaît que les activités d'enquête du SCRS sont assujetties à la Charte peu importe où elles ont lieu. À cet égard, il signale qu'aux termes du préambule de la Loi sur le SCRS, il importe que le SCRS « exerce ses fonctions dans le respect de la primauté du droit et de la [Charte] ». Néanmoins, le SCRS affirme que les ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada ne sont pas protégés par la Charte. Par conséquent, ils ne peuvent avoir d'attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des données [***] de leurs appareils, comme ce concept est interprété dans la jurisprudence portant sur la Charte.

[148] L'*amicus* reconnaît que les ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada ne bénéficient pas des droits que garantit l'article 8 de la Charte. Néanmoins, l'*amicus* affirme qu'ils ont tout de même

their Devices. Given such REP, CSIS would require a warrant to deploy the Technology against those persons in a manner that is more than minimally invasive.

[149] In my view, it is not particularly helpful, or indeed necessary, to focus on whether foreign nationals with no nexus to Canada have an REP in the [***] data of their Devices.

[150] This is because the issue of whether CSIS can engage in the proposed uses of the Technology against such individuals can be determined by answering three different questions. Those are as follows:

1. Do foreign nationals with no nexus to Canada come within the scope of the word “everyone” in section 8 of the Charter?
2. Does section 12 authorize investigative activities outside Canada that are more than minimally intrusive, when they are conducted against foreign nationals who have no rights under the Charter?
3. Is there any principle of international law that would prevent CSIS from using the Technology abroad against foreign nationals with no nexus to Canada, in the more than minimally intrusive ways that it has proposed?

[151] If the responses to the first and third of these questions is negative and if the response to the second is affirmative, that is the end of the matter. For the reasons discussed below, I find that those are indeed the responses to these three questions. Therefore, CSIS would not require a warrant to deploy the Technology outside Canada in the two specific types of situations described above, and subject to the caveat discussed at paragraph 146, above.

une attente raisonnable en matière de vie privée à l’égard des données [***] de leurs appareils. Ainsi, le SCRS devrait obtenir un mandat pour utiliser la technologie à leur égard d’une manière qui est plus que minimalement envahissante.

[149] À mon avis, il n’est pas particulièrement utile, ni même nécessaire, de se demander si un ressortissant étranger dépourvu de lien avec le Canada a une attente raisonnable en matière de vie privée à l’égard des données [***] de son appareil.

[150] En effet, pour savoir si les usages que le SCRS propose de la technologie à l’égard de ces personnes sont autorisés, il faut répondre aux trois questions suivantes :

1. Les ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada sont-ils visés par le mot « chacun » qui figure à l’article 8 de la Charte?
2. L’article 12 autorise-t-il les activités d’enquête plus que minimalement envahissantes à l’extérieur du Canada visant des ressortissants étrangers qui ne sont pas protégés par la Charte?
3. Un principe de droit international empêche-t-il les usages plus que minimalement envahissants proposés par le SCRS de la technologie à l’extérieur du Canada à l’égard de ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada?

[151] Si on répond aux première et troisième questions par la négative et à la deuxième par l’affirmative, point n’est besoin d’aller plus loin. Pour les motifs qui suivent, j’estime qu’il s’agit des réponses adéquates. Par conséquent, le SCRS ne nécessite pas de mandat pour utiliser la technologie à l’extérieur du Canada dans les deux situations décrites plus haut, sous réserve de l’exception énoncée au paragraphe 146.

(a) *Do Foreign Nationals Who Have No Nexus to Canada Come Within the Scope of Section 8 of the Charter?*

[152] Section 8 of the Charter states: “Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.”

[153] The AGC maintains that the term “everyone” does not extend to foreign nationals who have no nexus to Canada. Consequently, such persons cannot assert rights under the Charter in response to Canadian state action. I agree.

[154] The word “everyone” should be interpreted consistently with the manner in which it has been interpreted in connection with other sections of the Charter: *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at paragraphs 41–42.

[155] To give the term “everyone” a broader interpretation under section 8 than it has received in those other contexts (e.g., sections 2, 7, 9, 10 and 12) would have the effect of elevating the rights protected by section 8 over those protected by other sections of the Charter. To the extent that this may result in creating a hierarchical approach to Charter rights, it is something to be avoided: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at page 877.

[156] In *Slahi v. Canada (Justice)*, 2009 FC 160, [2009] 3 F.C.R. D-5 (*Slahi*), at paragraphs 40–48, Justice Blanchard relied on certain teachings of the S.C.C. to conclude that the foreign applicants could not engage rights under section 7 of the Charter. This was because they had failed to establish a recognized nexus to Canada. The fact that they were interviewed in Guantanamo Bay by Canadian officials was not considered to be sufficient, in and of itself, to trigger those rights.

[157] In reaching that conclusion, Justice Blanchard reviewed the S.C.C.’s jurisprudence dating back to *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177 (*Singh*), where that Court addressed the issue of whether refugee claimants who are physically present in Canada are entitled to the protection of section 7 of the Charter. In the course of providing an affirmative

a) *L’article 8 de la Charte s’applique-t-il aux ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada?*

[152] L’article 8 de la Charte est ainsi libellé : « [c]hacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ».

[153] Selon le PGC, le mot « chacun » ne vise pas les ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada. Par conséquent, ces personnes ne peuvent opposer de droits garantis par la Charte à des actes de l’État canadien. Je suis d’accord.

[154] Le mot « chacun » doit être interprété de la même manière à l’article 8 qu’aux autres dispositions de la Charte (*R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, aux paragraphes 41 à 42).

[155] Donner au mot « chacun » une interprétation plus large à l’article 8 qu’à d’autres dispositions (p. ex., articles 2, 7, 9, 10 et 12) aurait pour effet d’élever les droits protégés par cette disposition au-dessus de ceux que protègent d’autres dispositions de la Charte. Il faut se garder d’adopter une conception hiérarchique des droits garantis par la Charte (*Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la page 877).

[156] Dans l’affaire *Slahi c. Canada (Justice)*, 2009 CF 160, [2009] 3 R.C.F. F-6 (*Slahi*), aux paragraphes 40 à 48, le juge Blanchard conclut, sur le fondement d’enseignements de la Cour suprême du Canada, que les demandeurs étrangers ne peuvent faire valoir les droits protégés par l’article 7 de la Charte, car ils n’ont pas démontré l’existence d’un lien reconnu avec le Canada. Leur interrogatoire à Guantanamo Bay par des représentants canadiens ne suffit pas à créer de tels droits.

[157] La conclusion du juge Blanchard est fondée sur la jurisprudence de la Cour suprême remontant à l’arrêt *Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.S.C. 177 (*Singh*), dans lequel elle est saisie de la question de savoir si les demandeurs d’asile qui se trouvent au Canada peuvent bénéficier des protections offertes par l’article 7 de la Charte. Dans sa réponse

response to that question, Justice Wilson—writing for the majority—stated: “... I am prepared to accept that the term [“everyone”] includes every human being who is physically present in Canada and by virtue of such presence amenable to Canadian law”: *Singh*, above, at page 202.

[158] After noting that statement in *Singh*, Justice Blanchard quoted a passage from Justice L’Heureux-Dubé’s dissenting reasons in *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597 (*Cook*). That passage included the following observation [at paragraph 86, quoted in *Slahi*, at paragraph 43]:

.... The appellant is claiming rights under s. 10(b), which guarantees its protections to “everyone”. The term “everyone” seems quite broad. Nevertheless, interpreting it must take into account the purposes of the *Charter*. I am not convinced that passage of the *Charter* necessarily gave rights to everyone in the world, of every nationality, wherever they may be, even if certain rights contain the word “everyone”. Rather, I think that it is arguable that “everyone” was used to distinguish the rights granted to everyone on the territory of Canada from those granted only to citizens of Canada and those granted to persons charged with an offence.

[159] I pause to observe that the majority in *Cook* was not persuaded by a similar line of reasoning advanced by the AGC, who intervened in the proceedings. However, in concluding that paragraph 10(b) of the Charter applied to Canadian detectives who interviewed the appellant (a U.S. citizen) in the U.S., the majority stressed the particular facts in that case. Those particular facts included that the appellant was being investigated for a murder committed in Canada, which would be prosecuted in this country. In that context, the majority observed that the appellant “was being compulsorily brought before the Canadian justice system”: *Cook*, above, at paragraph 53. This appears to have provided the principal basis for their finding that he ought to have been properly advised of his right to counsel, as required by paragraph 10(b) of the Charter. The majority added: “This situation is far different from the myriad of circumstances in which persons outside Canada are trying to claim the benefits of the *Charter simpliciter*”: *Cook*, above, at paragraph 53.

affirmative, la juge Wilson, aux noms des juges majoritaires, indique : « [...] je suis disposée à accepter que ce mot [chacun] englobe tout être humain qui se trouve au Canada et qui, de ce fait, est assujéti à la loi canadienne » (*Singh*, à la page 202).

[158] Le juge Blanchard, après cette citation de l’arrêt *Singh*, cite un passage des motifs dissidents rédigés par la juge L’Heureux-Dubé dans l’affaire *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597 (*Cook*) [au paragraphe 86, cité dans la décision *Slahi*, au paragraphe 43] :

... L’appelant invoque les droits prévus à l’al. 10b), qui étend sa protection à « chacun ». Le terme « chacun » semble avoir un sens assez large. Cependant, son interprétation doit se faire à la lumière des objectifs de la *Charte*. Je ne suis pas convaincue que l’adoption de la *Charte* ait nécessairement conféré des droits à tous les citoyens du monde, de toutes les nationalités, peut [sic] importe où ils se trouvent, malgré l’utilisation par le législateur du mot « chacun » pour en désigner les titulaires. Je crois plutôt que l’on peut soutenir que le mot « chacun » a été utilisé pour distinguer les droits accordés à chacun sur le territoire du Canada d’avec ceux qui sont accordés seulement aux citoyens canadiens et ceux qui sont conférés aux inculpés.

[159] Signalons que les juges majoritaires dans l’arrêt *Cook* ne sont pas convaincus par un raisonnement semblable avancé par le PGC, intervenant dans l’instance. Toutefois, en concluant que l’alinéa 10b) de la Charte s’applique aux détectives canadiens qui ont interrogé l’appelant, un citoyen américain, aux États-Unis, ils soulignent les faits de l’affaire. En effet, l’appelant faisait l’objet d’une enquête sur un meurtre commis au Canada, et son procès se déroulerait au Canada. Dans ce contexte, les juges majoritaires font observer que l’appelant « était en voie d’être livré à la justice canadienne » (*Cook*, au paragraphe 53). Cette observation semble avoir fondé leur conclusion selon laquelle il aurait dû être informé de son droit à un avocat prévu à l’alinéa 10b) de la Charte. Ils précisent que la « situation diffère considérablement de la myriade de cas où des personnes à l’étranger se réclament des garanties de la *Charte simpliciter* » (*Cook*, au paragraphe 53).

[160] Subsequently, in *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292 (*Hape*), at paragraphs 83–93, the S.C.C. determined that the majority decision in *Cook* put the focus in the wrong place, and that this gave rise to various problems. Those problems included practical and theoretical difficulties that arise when the majority’s approach “is applied to different facts (such as a search and seizure)”: *Hape*, above, at paragraph 83 (emphasis added). For the present purposes, I agree with the AGC that it is unnecessary to delve further into the analysis in *Hape*. This is because it focused on the application of the Charter to a search and seizure of a Canadian businessman’s investment company in Turks and Caicos by Canadian police officers who were operating there under the authority of a senior local police official. In the case at bar, it will suffice to note that the majority opinion in *Hape* effectively overturned the majority decision in *Cook*, and in the course of doing so, mentioned Justice L’Heureux-Dubé’s dissenting view in *Cook*: *Hape*, above, at paragraph 81. The Court did not further comment upon that view, other than to note that it was concurred in by Justice McLachlin (as she then was).

[161] Returning to *Slahi*, after quoting Justice L’Heureux-Dubé’s dissenting view in *Cook*, Justice Blanchard proceeded to briefly discuss two other decisions of the S.C.C. The first was *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125, at paragraph 31, where the S.C.C. held that “s. 7 imposes a duty on Canada to provide disclosure of materials in its possession arising from its participation in the foreign process that is contrary to international law and jeopardizes the liberty of a Canadian citizen” (emphasis added by the Court in *Slahi*, above, at paragraph 45). In the second decision, *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at paragraph 11, Justice La Forest, writing for the majority, observed:

Subject to whatever argument may be made to the contrary, it strikes me that the automatic exclusion of *Charter* application outside Canada might unduly restrict the protection Canadians have a right to expect against the interference with their rights by our governments or their agents. [Emphasis added by the Court in *Slahi*, above, at paragraph 46.]

[160] Par la suite, dans l’arrêt *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292 (*Hape*), aux paragraphes 83 à 93, la Cour suprême arrive à la conclusion que la démarche des juges majoritaires dans l’arrêt *Cook* met l’accent au mauvais endroit, ce qui cause divers problèmes. Par exemple, des difficultés pratiques et théoriques découlent de « son application à d’autres situations (p. ex. les fouilles, les perquisitions et les saisies) » (*Hape*, au paragraphe 83 (non souligné dans l’original)). Pour les besoins de la cause, je conviens avec le PGC qu’il n’est pas nécessaire de pousser l’analyse énoncée dans l’arrêt *Hape*. Cette affaire portait sur l’application de la Charte à la fouille, perquisition et saisie visant la société d’investissement d’un homme d’affaires canadien ayant pignon sur rue dans les îles Turques et Caïques par des policiers canadiens qui relevaient du chef de la police locale. En l’espèce, il suffit de signaler que la décision des juges majoritaires dans l’affaire *Hape* a infirmé la décision des juges majoritaires dans l’arrêt *Cook*. Ce faisant, ils mentionnent les motifs dissidents qu’y exprime la juge L’Heureux-Dubé (*Hape*, au paragraphe 81), sans faire d’autres remarques sur cette opinion, sauf pour préciser que la juge McLachlin (plus tard juge en chef) y souscrit.

[161] Revenons à la décision *Slahi*. Après avoir cité l’avis dissident de la juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Cook*, le juge Blanchard renvoie sommairement à deux autres arrêts de la Cour suprême. Dans le premier, *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125, cette cour affirme au paragraphe 31 : « [l]’article 7 contraint [...] le Canada à cette communication à cause de sa participation à une procédure étrangère qui est contraire au droit international et qui compromet la liberté d’un Canadien » [souligné par la Cour dans la décision *Slahi*, au paragraphe 45]. Dans le second, *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, au paragraphe 11, le juge La Forest fait l’observation suivante au nom des juges majoritaires :

Sous réserve de tout argument affirmant le contraire, il me semble que le fait d’écarter automatiquement l’application de la *Charte* à l’extérieur du Canada pourrait avoir pour effet de restreindre indûment la protection à laquelle les Canadiens sont en droit de s’attendre en ce qui concerne la violation de leurs droits par nos gouvernements ou leurs mandataires. [Souligné par la Cour dans la décision *Slahi*, paragraphe 46.]

[162] Having regard to the foregoing jurisprudence, the Court in *Slahi* concluded [at paragraphs 47–48]:

In summary, the jurisprudence of the Supreme Court teaches that section 7 Charter protections may be available to non-Canadians when they are physically present in Canada or subject to a criminal trial in Canada, and that Canadian citizens, in certain circumstances, may assert their section 7 Charter rights when they are outside Canada ...

The Applicants here have failed to establish a nexus to Canada that would engage their section 7 Charter rights as they relate to the Guantanamo Bay interviews. It must be remembered that the Charter, an integral part of Canada's supreme law, is a Canadian instrument enacted to enshrine and protect the fundamental rights of Canadians and those finding themselves within Canada's territory. Its extraterritorial reach is exceptional and limited, as is mandated by respect for the principles of sovereignty and judicial comity. This Court is not prepared to extend the Charter's reach beyond that which has already been decided. The Applicants are not Canadian citizens. They have failed to establish the required connection to Canada. Consequently, their circumstances cannot engage a section 7 Charter right. [Emphasis added.]

[163] On appeal to the F.C.A., Justice Blanchard's conclusion was upheld: *Slahi v. Canada (Justice)*, 2009 FCA 259. There, the F.C.A. stated as follows [at paragraph 4]:

The only issue to be decided in these consolidated appeals is whether the Applications Judge erred in concluding that section 7 was inapplicable to the appellants while detained by the U.S. authorities at Guantánamo Bay because they are not Canadian citizens. Substantially for the reasons given by the Applications Judge, we are of the view that his conclusion was correct. *Khadr* is distinguishable on the ground that Mr Khadr is a Canadian citizen, whereas the appellants are not. Further, there are no proceedings pending in Canada against the appellants which might provide a nexus to Canada.

[164] Leave to further appeal to the S.C.C. was dismissed: *Slahi v. Canada (Justice)*, 2009 FCA 259, leave to appeal to S.C.C. refused, 33409 (18 February 2010).

[162] Eu égard à cette jurisprudence, la Cour dans l'affaire *Slahi* conclut ainsi [aux paragraphes 47 à 48] :

En résumé, la jurisprudence de la Cour suprême enseigne que des non-Canadiens peuvent se prévaloir des protections prévues à l'article 7 de la Charte lorsqu'ils se trouvent au Canada ou lorsqu'ils font l'objet d'un procès criminel au Canada, et que des citoyens canadiens, dans certaines circonstances, peuvent faire valoir les droits qui leur sont conférés par l'article 7 de la Charte lorsqu'ils se trouvent à l'extérieur du Canada [...]

Les demandeurs en l'espèce n'ont pas réussi à établir un lien avec le Canada qui déclencherait les droits prévus à l'article 7 de la Charte au regard des entrevues de Guantanamo Bay. Il faut se rappeler que la Charte, laquelle fait partie intégrante de la loi suprême du Canada, est un document canadien qui a été édicté afin de consacrer et de protéger les droits fondamentaux des Canadiens et des personnes qui se trouvent sur le territoire du Canada. Ce n'est que dans des cas exceptionnels et bien précis qu'elle a une application extraterritoriale, comme il est exigé par le respect des principes de la souveraineté et de la courtoisie judiciaire. La Cour n'est pas disposée à étendre l'application de la Charte au-delà de ce qui a déjà été décidé. Les demandeurs ne sont pas des citoyens canadiens. Ils n'ont pas réussi à établir le lien exigé avec le Canada. Par conséquent, leur situation ne peut pas déclencher l'application d'un droit garanti par l'article 7 de la Charte. [Non souligné dans l'original.]

[163] La conclusion du juge Blanchard est confirmée par la Cour d'appel fédérale (*Slahi c. Canada (Justice)*, 2009 CAF 259), en ces termes [au paragraphe 4] :

L'unique question à trancher dans les présents appels est celle de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en concluant que les appelants ne peuvent se prévaloir de l'article 7 pendant leur détention à la base de Guantanamo par les autorités américaines parce qu'ils ne sont pas des citoyens canadiens. Pour essentiellement les mêmes motifs que le juge de première instance, nous estimons que la conclusion à laquelle il est parvenu est correcte. Une distinction peut être faite d'avec l'arrêt *Khadr* puisque M. Khadr avait la citoyenneté canadienne, ce qui n'est pas le cas des appelants. En outre, ceux-ci ne sont visés au Canada par aucune procédure susceptible de créer un lien entre eux et ce pays.

[164] L'autorisation de pourvoi à la Cour suprême a été refusée (*Slahi c. Canada (Justice)*, 2009 CAF 259, autorisation de pourvoi refusée, n° 33409 (18 février 2010)).

[165] Justice Blanchard's reasoning in *Slahi* was also endorsed in *obiter dictum* remarks by Justice Rennie (as he then was) in *Tabingo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 377, [2014] 4 F.C.R. 150 (*Tabingo*). There, the foreign applicants for judicial review alleged breaches of sections 7 and 15 of the Charter. Given that the respondent did not dispute either the applicants' standing or the application of the Charter, Justice Rennie refrained from explicitly ruling on the issue of whether they were entitled to the protection of the Charter. However, he expressed reservations as to the correctness of the respondent's concession: *Tabingo*, above, at paragraph 79. In the course of doing so, he made the following observation [at paragraph 65]:

There has been clear guidance from the Supreme Court of Canada and the Federal Court of Appeal as to when the Charter applies to the actions of Canadian officials outside of Canada.... The weight of the case law indicates that non-citizens outside of Canada may not claim the protection of the Charter, absent exceptional circumstances involving the actions of Canadian officials or agents abroad.

[166] The guidance to which Justice Rennie was referring was the jurisprudence that Justice Blanchard discussed in *Slahi*, as well as this Court's decision in *Amnesty International Canada v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 336, *sub nom. Amnesty International Canada v. Canada (Chief of the Defence Staff)*, [2008] 4 F.C.R. 546 (*Amnesty International*) (aff'd 2008 FCA 401, [2009] 4 F.C.R. 149, at paragraph 36). The latter case involved detainees held by the Canadian Forces in Afghanistan in the context of an ongoing armed conflict. There, Justice Mactavish (as she then was) concluded that while the detainees were protected by international humanitarian law, they did not have rights under sections 7, 10, or 12 of the Charter. This was because the Government of Afghanistan had not consented to the application of Canadian laws, including the Charter, to its citizens, within its territory: *Amnesty International*, above, at paragraphs 171–172.

[167] Justice Rennie further observed in *Tabingo* that the foregoing jurisprudence was consistent with other

[165] Le juge Rennie (plus tard juge à la Cour d'appel fédérale) souscrit au raisonnement du juge Blanchard dans des remarques incidentes qu'il exprime dans la décision *Tabingo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 377, [2014] 4 R.C.F. 150 (*Tabingo*). Dans cette affaire de contrôle judiciaire, les demandeurs étrangers faisaient valoir l'atteinte aux droits prévus aux articles 7 et 15 de la Charte. Comme l'intimé n'a pas contesté la qualité pour agir des demandeurs ni l'application de la Charte dans ce cas, le juge Rennie s'abstient de trancher expressément la question de savoir si les demandeurs peuvent faire valoir la Charte. Toutefois, il émet des réserves quant à la justesse de la concession faite par l'intimé (*Tabingo*, au paragraphe 79) en ces termes [au paragraphe 65] :

Une jurisprudence de la Cour suprême du Canada et la Cour d'appel fédérale donne des indications claires quant aux situations dans lesquelles la Charte s'applique aux actes de responsables canadiens à l'étranger. [...] La jurisprudence majoritaire indique que les non-citoyens à l'extérieur du Canada ne peuvent pas se réclamer de la protection de la Charte, si ce n'est dans des circonstances exceptionnelles reliées aux actes de responsables ou de mandataires canadiens à l'étranger.

[166] Le juge Rennie renvoie ainsi à la jurisprudence analysée par le juge Blanchard dans l'affaire *Slahi* ainsi qu'à la décision de la Cour dans l'affaire *Amnesty International Canada c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 336, *sub nom. Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d'État-major de la défense)*, [2008] 4 R.C.F. 546 (*Amnistie internationale*) (conf. par 2008 CAF 401, [2009] 4 R.C.F. 149, au paragraphe 36). Cette dernière portait sur le sort de personnes détenues par les Forces armées canadiennes en Afghanistan pendant un conflit armé. La juge Mactavish (plus tard juge à la Cour d'appel fédérale) conclut que les détenus sont protégés par le droit humanitaire international, mais ne bénéficient pas des droits prévus par les articles 7, 10 et 12 de la Charte. Sa conclusion est fondée sur le fait que le gouvernement de l'Afghanistan n'a pas consenti à l'application des lois canadiennes, dont la Charte, sur son territoire et à ses citoyens (*Amnistie internationale*, aux paragraphes 171 à 172).

[167] Le juge Rennie fait aussi observer dans la décision *Tabingo* que cette jurisprudence est conforme à

jurisprudence of the F.C.A. and this Court. In this regard he stated as follows [at paragraphs 75–76]:

Other recent decisions of this Court have found that non-citizens outside of Canada generally do not hold Charter rights: *Zeng v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 104, 50 Admin. L.R. (5th) 210, at paragraphs 70–72; *Kinsel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1515, [2014] 2 F.C.R. 421, at paragraphs 45–47; *Toronto Coalition to Stop the War v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 957, [2012] 1 F.C.R. 413, at paragraphs 81–82. These three decisions followed Justice Blanchard’s determination that a Charter claim may only be advanced by an individual who is present in Canada, subject to criminal proceedings in Canada, or possessing Canadian citizenship.

This limitation on the application of the Charter is not a recent development. Even prior to *Slahi*, the Federal Court and the Federal Court of Appeal had interpreted *Singh* as barring Charter claims from non-citizens outside Canada: *Canadian Council of Churches v Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 534 (C.A.) (affd on other grounds [1992] 1 S.C.R. 236); *Ruparel v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 615 (T.D.); *Lee v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1997 CanLII 4837, 126 F.T.R. 229 (F.C.T.D.); *Deol v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 694, 211 F.T.R. 12 (affd on other grounds 2002 FCA 271, [2003] 1 F.C. 301). [Emphasis added.]

[168] Ultimately, Justice Rennie dismissed the applicants’ Charter claims on their merits. His reasoning and conclusions in that regard were upheld by the F.C.A.: *Austria v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 191, *sub nom. Tabingo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2015] 3 F.C.R. 346, at paragraph 96, leave to appeal to the S.C.C. refused, 36213 (30 April 2015).

[169] The reservations expressed by Justice Rennie regarding the issue of the application of the Charter to the foreign applicants in *Tabingo* were shared by Justice Gleason (as she then was) in *Jia v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 596, [2015] 3 F.C.R. 143, at paragraphs 108–110. However, consistent with Justice Rennie’s approach, Justice Gleason refrained from ruling on this issue because she was able to dismiss the

celle de la Cour d’appel fédérale et de la Cour fédérale. Il affirme ce qui suit [aux paragraphes 75 à 76] :

D’autres jugements récents de la Cour ont statué que la Charte ne conférerait généralement pas de droits aux non-citoyens à l’extérieur du Canada : *Zeng c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 104, aux paragraphes 70 à 72; *Kinsel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1515, [2014] 2 R.C.F. 421, aux paragraphes 45 à 47; *Toronto Coalition to Stop the War c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 957, [2012] 1 R.C.F. 413, aux paragraphes 81 et 82. Dans ces trois décisions, la Cour a souscrit à la conclusion du juge Blanchard lorsque celui-ci statuait que seul peut invoquer la Charte un individu qui est présent au Canada, qui est assujéti à des procédures criminelles au Canada ou qui possède la citoyenneté canadienne.

Cette restriction à l’application de la Charte n’est pas un développement récent. Même avant la décision *Slahi*, la Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale avaient interprété l’arrêt *Singh* comme empêchant que les non-citoyens à l’extérieur du Canada puissent invoquer la Charte : *Conseil canadien des Églises c. Canada*, [1990] 2 C.F. 534 (C.A.) (conf. pour d’autres motifs [1992] 1 R.C.S. 236); *Ruparel c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1990] 3 C.F. 615 (1^{re} inst.); *Lee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 1997 CanLII 4837 (C.F. 1^{re} inst.); *Deol c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CFPI 694 (conf. pour d’autres motifs 2002 CAF 271, [2003] 1 C.F. 301). [Non souligné dans l’original.]

[168] Au bout du compte, le juge Rennie rejette sur le fond les arguments des demandeurs fondés sur la Charte. Son raisonnement et ses conclusions sont confirmés par la suite par la Cour d’appel fédérale (*Austria c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 191, *sub nom. Tabingo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2015] 3 R.C.F. 346, au paragraphe 96, autorisation de pourvoi refusée, n° 36213 (30 avril 2015)).

[169] La juge Gleason (plus tard juge à la Cour d’appel fédérale) partage dans la décision *Jia c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 596, [2015] 3 R.C.F. 143, aux paragraphes 108 à 110, les réserves émises par le juge Rennie sur l’application de la Charte aux demandeurs étrangers. À l’instar de son collègue, la juge Gleason s’abstient de se prononcer sur cette question, car elle est en mesure de rejeter au fond les

applicant's claims under sections 7 and 15 of the Charter on their merits.

[170] In summary, in light of the jurisprudence discussed above (including the cases referenced in the quotes from *Tabingo*), I agree with the AGC that foreign nationals who do not have one of the three recognized grounds of nexus to Canada summarized immediately below do not come within the scope of the term “everyone” in section 8 of the Charter. In other words, the interpretations that have been given to the term “everyone”, as it appears in sections 2, 7, paragraph 10(b) and section 12 of the Charter, and to the words “every individual” in section 15, apply equally to section 8. Consequently, foreign nationals who have no recognized nexus to Canada have no rights under section 8 of the Charter. The first question listed in paragraph 150, above, is therefore answered in the negative.

[171] As noted in *Tabingo*, above, at paragraph 75, the three recognized categories of nexus are (i) Canadian citizenship, (ii) physical presence in Canada, and (iii) being subject to criminal proceedings in Canada.

[172] For greater certainty, the AGC has acknowledged that as soon as CSIS is able to confirm that [***] would have the requisite nexus to Canada. In such circumstances, the AGC and CSIS have explicitly represented to the Court that CSIS would be required to apply for a warrant before making further use of the Technology against those individuals.

(b) *Does Section 12 Authorize Investigative Activities Outside Canada That Are More Than Minimally Intrusive, When They Are Conducted Against Foreign Nationals Who Have No Rights Under the Charter?*

[173] My conclusion regarding the scope of the protections afforded by section 8 of the Charter does not provide a sufficient basis upon which to determine whether CSIS can engage in the proposed uses of the Technology outside Canada, without a warrant. To answer this question, it is necessary to determine whether those activities are authorized by law.

arguments des demandeurs fondés sur les articles 7 et 15 de la Charte.

[170] En résumé, à la lumière de la jurisprudence analysée plus haut (y compris les décisions mentionnées dans les citations tirées de la décision *Tabingo*), je suis d'accord avec le PGC pour dire que les ressortissants étrangers qui n'ont pas l'un des trois liens reconnus avec le Canada, dont la description suit, ne sont pas visés par le mot « chacun » qui figure à l'article 8 de la Charte. Autrement dit, l'interprétation du mot « chacun » qui figure aux articles 2, 7 et 12 et à l'alinéa 10b) et celle du mot « tous » qui figure à l'article 15 de la Charte s'appliquent également à l'article 8. Par conséquent, les ressortissants étrangers dépourvus de lien reconnu avec le Canada ne peuvent invoquer les droits prévus à l'article 8 de la Charte. La réponse à la première question énoncée au paragraphe 150 des présents motifs est non.

[171] Comme il est indiqué dans la décision *Tabingo*, au paragraphe 75, les trois liens reconnus sont les suivants : (i) citoyenneté canadienne, (ii) présence au Canada et (iii) faire l'objet de poursuites pénales au Canada.

[172] Il est entendu que le PGC reconnaît que [***] un lien nécessaire avec le Canada dès lors que le SCRS est en mesure de confirmer que [***]. Dans de telles circonstances, le PGC et le SCRS ont expressément affirmé devant la Cour que le SCRS serait contraint de solliciter un mandat avant d'utiliser à nouveau la technologie à l'égard de cette personne.

b) *L'article 12 autorise-t-il les activités d'enquête à l'extérieur du Canada qui sont plus que minimalement envahissantes si elles visent des ressortissants étrangers qui ne peuvent invoquer les droits garantis par la Charte?*

[173] Ma conclusion quant à la portée des protections prévues par l'article 8 de la Charte ne suffit pas pour me permettre de décider si les usages proposés par le SCRS de la technologie à l'extérieur du Canada sont autorisés sans mandat. Pour répondre à cette question, il faut décider si de telles activités sont autorisées par la loi.

[174] In the present context, the relevant law is section 12 of the CSIS Act. Consequently, the question for the Court is whether section 12 authorizes CSIS to engage in more than minimally intrusive activities outside Canada, against foreign nationals with no nexus to Canada.

[175] Subsection 12(2) explicitly authorizes CSIS to “perform its duties and functions under subsection (1) within or outside Canada.”

[176] This Court has consistently held that, without a warrant, section 12 only authorizes CSIS to engage in activities that are minimally intrusive. However, that jurisprudence involved subjects of investigation who benefitted from the rights afforded by section 8 of the Charter.

[177] Where CSIS’s subjects of investigation do not have those rights, this limitation on the powers conferred by section 12 falls away. This is consistent with the following observation in *X (Re)*, 2014 FCA 249, [2015] 1 F.C.R. 684 (*X (Re) FCA*), at paragraph 82:

... Section 12 does not give CSIS an exemption from the operation of the laws of general application. Thus, when intrusive investigation methods are resorted to, which methods would otherwise constitute a crime or a breach of the Charter guarantee against unreasonable search and seizure, the Service may apply to the Federal Court for the issuance of a warrant under section 21 of the CSIS Act. [Emphasis added.]

[178] I recognize that “prior authorization, usually in the form of a valid warrant, has been a consistent prerequisite for a valid search and seizure both at common law and under most statutes”: *Hunter*, above, at page 160. However, section 12 overrides the common law by providing specific authority to CSIS to collect, to the extent that it is strictly necessary, and analyse and retain information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada.

[174] En l’occurrence, la loi pertinente est l’article 12 de la Loi sur le SCRS. La Cour doit donc trancher la question de savoir si cette disposition autorise le SCRS à mener des activités plus que minimalement envahissantes à l’extérieur du Canada, à l’égard de ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada.

[175] Le paragraphe 12(2) habilite expressément le SCRS à « exercer les fonctions que le paragraphe (1) lui confère même à l’extérieur du Canada ».

[176] Selon la jurisprudence constante de la Cour, l’article 12 autorise seulement le SCRS à mener sans mandat des activités qui sont minimalement envahissantes. Or, cette jurisprudence intéresse des personnes faisant l’objet d’enquêtes pouvant faire valoir les droits que confère l’article 8 de la Charte.

[177] Dans les cas où les enquêtes du SCRS portent sur des personnes qui ne peuvent faire valoir ces droits, cette restriction des pouvoirs conférés par l’article 12 tombe. Cette conclusion va dans le même sens que l’observation suivante qui figure dans l’arrêt *X (Re)*, 2014 CAF 249, [2015] 1 R.C.F. 684 (arrêt *X (Re)*), au paragraphe 82 :

... l’article 12 n’accorde pas au SCRS une dispense de l’application des lois d’application générale. Il s’ensuit que, lorsque les méthodes d’enquête comportent intrusion et que ces méthodes constitueraient autrement un acte criminel ou une violation du droit à la protection contre les fouilles et les saisies [abusives] garanti par la Charte, le Service peut demander à la Cour fédérale qu’elle décerne un mandat en vertu de l’article 21 de la Loi sur le SCRS. [Non souligné dans l’original.]

[178] Certes, « une autorisation préalable, qui prend habituellement la forme d’un mandat valide, a toujours été la condition préalable d’une fouille, d’une perquisition et d’une saisie valides sous le régime de la common law et de la plupart des lois » (*Hunter*, à la page 160). Toutefois, l’article 12 l’emporte sur la *common law*, car il habilite expressément le SCRS à recueillir, dans la mesure strictement nécessaire, et à analyser et conserver les renseignements sur les activités dont on a des motifs raisonnables de soupçonner qu’elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada.

[179] The foregoing interpretation of the scope of CSIS's powers in respect of foreign nationals who do not have a nexus to Canada is supported by the legislative history of section 12. Specifically, when the Standing Committee on Public Safety and National Security was considering Bill C-44, Green Party leader and Member of Parliament Elizabeth May proposed the following amendment to Bill C-44, which was supported by the New Democratic Party, as the official opposition:

The proposal is to have a stand-alone section that will be inserted right after proposed subsection 21(3.1). As you can see, it would be within clause 8:

(3.2) For greater certainty, a warrant under this section is required for any investigation outside of Canada that

(a) involves an investigative activity that, were it conducted inside Canada, would require a warrant by reason of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*...

...This will clarify ambiguities. It will ensure that our actions are consistent with the *Charter of Rights and Freedoms* when occurring overseas.

[180] This amendment was not adopted: House of Commons. Standing Committee on Public Safety and National Security. Evidence, 41st Parl., 2nd Sess. No. 42 (1 December 2014), at page 12. This suggests that Parliament did not intend that CSIS would require a warrant whenever engaging in activities outside Canada that would require a warrant in Canada, by reason of section 8 of the Charter: *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305, at paragraph 42; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306, at paragraph 27; and *Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168*, 2012 SCC 68, [2012] 3 S.C.R. 489, at paragraph 73.

[181] I consider it relevant to add that, when Bill C-44 was subsequently considered by the Standing Senate Committee on National Security and Defence, CSIS's

[179] L'historique législatif de l'article 12 confirme cette interprétation de la portée des pouvoirs dont dispose le SCRS à l'égard des ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada. En effet, quand le Comité permanent de la sécurité publique et nationale a été saisi du projet de loi C-44, la députée et chef du parti Vert, Elizabeth May, a proposé les amendements suivants à la mesure législative, avec le soutien du Nouveau Parti démocratique, alors l'opposition officielle :

[Le témoin] nous a proposé d'insérer un article distinct à la suite du paragraphe 21(3.1). Comme vous pouvez le constater, cela ferait partie de l'article 8 :

(3.2) Il est entendu qu'un mandat décerné en vertu du présent article est requis pour toute enquête à l'extérieur du Canada :

a) soit dans le cadre de laquelle est exercée une activité qui, si elle était exercée au Canada, nécessiterait un mandat en raison de la *Charte canadienne des droits et libertés*;

[...]

L'amendement dissipe les ambiguïtés. Il garantit que les activités que nous menons à l'étranger respectent la Charte des droits et libertés.

[180] L'amendement n'a pas été adopté (Chambre des communes. Comité permanent de la sécurité publique et nationale. *Témoignages*, 41^e lég., 2^e sess., fascicule n° 42 (1^{er} décembre 2014), à la page 12)). Il ressort de ce fait que le législateur n'entendait pas exiger l'obtention d'un mandat par le SCRS quand il mène des activités à l'extérieur du Canada qui nécessiteraient un mandat au Canada pour l'application de l'article 8 de la Charte (*Société Télé-Mobile c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305, au paragraphe 42; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306, au paragraphe 27 et *Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168*, 2012 CSC 68, [2012] 3 R.C.S. 489, au paragraphe 73).

[181] Fait intéressant, lorsque le Comité permanent du Sénat sur la sécurité nationale et la défense a examiné à son tour le projet de loi C-44, la sénatrice Olsen

Director of the day, Mr. Michel Coulombe, was asked by Senator Olsen what activities outside Canada would require a warrant. Mr. Coulombe replied: “At the moment, it would be the same type of activities that require a warrant in Canada. So when there is a breach of section 8 of the Charter, we require warrants”: Senate. Standing Committee on National Security and Defence, 41st Parl., 2nd Sess., Issue No. 14 (9 March 2015), at page 115.

[182] In summary, in the absence of any requirement for CSIS to obtain prior judicial authorization, whether under the Charter or otherwise, before engaging in the intrusive uses of the Technology described at paragraphs 142–143, above, such investigative activities would not require a warrant. That is to say, CSIS would not require a warrant to deploy the Technology outside Canada in the manner that it has proposed. This interpretation of CSIS’s authority under section 12 of the CSIS Act is consistent with the legislative history discussed above.

[183] Accordingly, the second question listed in paragraph 150, above, is answered in the affirmative.

(c) *Is There Any Principle of International Law That Would Prevent CSIS From Using the Technology Abroad Against Foreign Nationals With No Nexus to Canada, in the More Than Minimally Intrusive Ways That It Has Proposed?*

[184] The *Amicus* expressed a concern that the foregoing interpretation of section 12 would be tantamount to giving CSIS “a blank cheque in regard to searches of foreign nationals.” I disagree.

[185] The *Amicus* did not produce anything before the Court to suggest that the warrantless uses of the Technology proposed by CSIS in this proceeding would contravene or otherwise offend international law.

a posé une question au directeur du SCRS à l’époque, M. Michel Coulombe, sur les activités menées à l’extérieur du Canada qui nécessiteraient l’obtention d’un mandat. Le directeur a répondu en ces termes : « Pour le moment, que les activités touchent le Canada ou l’étranger, les catégories d’activités nécessitant un mandat seraient les mêmes. Lorsqu’une démarche enfreint l’article 8 de la Charte, il faut obtenir un mandat » (Sénat. Comité permanent du Sénat sur la sécurité nationale et la défense, 41^e lég., 2^e sess., fascicule n° 14 (9 mars 2015), à la page 115).

[182] En résumé, comme le SCRS n’est pas contraint d’obtenir une autorisation judiciaire préalable, en application de la Charte ou d’une autre règle de droit, pour utiliser la technologie aux fins envahissantes décrites aux paragraphes 142 et 143 des présents motifs, j’estime que de telles activités ne nécessitent pas l’obtention d’un mandat. Autrement dit, le SCRS n’est pas tenu d’obtenir un mandat à l’égard des usages proposés de la technologie à l’extérieur du Canada. Cette interprétation des pouvoirs que confère au SCRS l’article 12 de la Loi sur le SCRS est confirmée par l’historique législatif dont il est question plus haut.

[183] Par conséquent, la réponse à la deuxième question énoncée au paragraphe 150 est oui.

c) *Un principe de droit international empêche-t-il les usages plus que minimalement envahissants proposés par le SCRS de la technologie à l’extérieur du Canada à l’égard de ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada?*

[184] Selon l’*amicus*, cette interprétation de l’article 12 revient à donner au SCRS [TRADUCTION] « carte blanche en matière de fouille et de perquisition à l’égard de ressortissants étrangers ». Je ne suis pas d’accord.

[185] Il n’a présenté aucun argument à la Cour au soutien de sa thèse selon laquelle les usages sans mandat de la technologie proposés par le SCRS dans la présente instance seraient contraires au droit international ou à son esprit.

[186] Relying on the following authorities, the *Amicus* acknowledged that espionage, *per se*, is not contrary to international law: Schmitt, Michael N., ed., *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), at page 169; Craig Forcese, “Pragmatism and Principle : Intelligence Agencies and International Law” (2016), 102 *Va. L. Rev.* 67, Ottawa Faculty of Law Working Paper No. 2016-29, at pages 71–72. I agree. The issue of whether such activity contravenes international law ought to be determined on the specific facts of each case.

[187] On the specific facts of this case, and in the absence of any evidence to the contrary, I conclude that there is no principle of international law that would prevent CSIS from using the Technology abroad against foreign nationals with no nexus to Canada, in the more than minimally intrusive ways that it has proposed. Contrary to the *Amicus*’ suggestion, this does not give CSIS a “blank cheque in regard to searches of foreign nationals.” Among other things, CSIS would remain subject to the limitations of section 12, including the “reasonable grounds to [suspect]” and “strictly necessary” requirements. In addition, the CSIS Act contains accountability measures that ensure oversight of CSIS’s activities under section 12: see generally *IMSI*, at paragraphs 230–235.

[188] Moreover, as recognized by the AGC, CSIS cannot collect information outside Canada in a manner that would be contrary to its legal obligations under the *Avoiding Complicity in Mistreatment by Foreign Entities Act*, S.C. 2019, c. 13, s. 49.1 and the *Directions for Avoiding Complicity in Mistreatment by Foreign Entities* (Director of the Canadian Security Intelligence Service), P.C. 2019-1302 (Directions).

[189] More broadly, any information collected by CSIS outside Canada and intended to be used in a criminal proceeding would be subject to the Charter requirements for admissibility at trial.

[186] Sur le fondement des sources suivantes, l’*amicus* reconnaît que l’espionnage en soi ne contrevient pas au droit international (Michael N. Schmitt, éd., *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* (Cambridge : Cambridge University Press, 2017), à la page 169; Craig Forcese, « Pragmatism and Principle : Intelligence Agencies and International Law » (2016), 102 *Va. L. Rev.* 67, Ottawa Faculty of Law Working Paper No. 2016-29, aux pages 71 à 72). Je suis d’accord. La légalité en droit international de telles activités doit être déterminée à la lumière des faits de l’espèce.

[187] Au vu des faits de l’affaire, et à défaut de preuve contraire, je suis d’avis qu’aucun principe de droit international n’interdit les usages plus que minimalement envahissants de la technologie proposés par le SCRS sans mandat à l’égard de ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada à l’extérieur du Canada. Contrairement à ce qu’affirme l’*amicus*, cette interprétation ne revient pas à donner au SCRS « carte blanche en matière de fouille et de perquisition à l’égard de ressortissants étrangers ». Entre autres, le SCRS serait toujours assujéti aux balises énoncées à l’article 12, dont les critères des « motifs raisonnables de soupçonner » et de « la mesure strictement nécessaire ». En outre, la Loi sur le SCRS prévoit des mesures de surveillance des activités du SCRS sous le régime de l’article 12 (voir généralement *IMSI*, aux paragraphes 230 à 235).

[188] Qui plus est, comme le reconnaît le PGC, le SCRS n’est pas autorisé à recueillir des renseignements à l’extérieur du Canada d’une manière qui contreviendrait aux obligations juridiques qui lui sont imposées par la *Loi visant à éviter la complicité dans les cas de mauvais traitements infligés par des entités étrangères*, L.C. 2019, ch. 13, art. 49.1 et les *Instructions visant à éviter la complicité dans les cas de mauvais traitements infligés par des entités étrangères* (Directeur du Service canadien du renseignement de sécurité), C.P. 2019-1302 (Instructions).

[189] De manière générale, tout renseignement recueilli par le SCRS à l’extérieur du Canada devant servir dans des poursuites pénales est assujéti aux règles d’admissibilité de la preuve prévues à la Charte.

[190] I also agree with the *Amicus* that, for the purposes of the present proceeding, section 12 of the CSIS Act is subject to the presumption of conformity with international law: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, at paragraphs 114 and 182. This is because section 12 does not include the type of language that appears in subsections 21(3) and section 24 (“notwithstanding any other law”) and in subsections 21(3.1) and (4) (“despite any other law”).

[191] Finally, it appears to be common ground between the *Amicus* and the AGC that the principle of conformity with international law would prevent section 12 from being interpreted in a manner that might authorize torture or similar violations of international human rights law. Beyond that, it is relevant to note that the *Amicus* did not wish to speculate regarding the extent to which international law might constrain the authority provided under section 12 of the CSIS Act.

[192] In summary, for the purposes of the present proceeding, and in the absence of any evidence or persuasive argument to the contrary, I find that CSIS’s proposed uses of the Technology outside Canada would not contravene any principle of international law. Therefore, the third question listed at paragraph 150, above, is answered in the negative.

[193] I will add in passing that I take some comfort from the fact that the F.C.A. has rejected the proposition that “intrusive investigative measures conducted abroad would necessarily violate international law or the principle of comity between nations”: *X (Re) FCA*, above, at paragraph 80. Although the F.C.A. proceeded to find that CSIS requires a warrant whenever its methods of investigation are intrusive, it added the important qualification that this applied to methods that “would otherwise constitute a crime or a breach of the Charter guarantee against unreasonable search and seizure”: *X (Re) FCA*, above, at paragraphs 81–82. I will simply add that in that case, the subjects of investigation in that case were Canadian citizens who were outside Canada, and not—as is the case here—foreign nationals with no nexus to Canada: see *X (Re) FCA*, above, at paragraphs 9 and 11.

[190] Je conviens également avec l’*amicus* pour dire que, pour les besoins de la cause, l’article 12 de la Loi sur le SCRS est présumé conforme au droit international (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, aux paragraphes 114 et 182). En effet, cette disposition est dépourvue des termes qui figurent au paragraphe 21(3) et à l’article 24 (« par dérogation à toute autre règle de droit ») et aux paragraphes 21(3.1) et 21.1(4) (« sans égard à toute autre règle de droit »).

[191] Enfin, l’*amicus* et le PGC s’entendent pour dire que le principe de la conformité au droit international empêcherait toute interprétation de l’article 12 autorisant la torture ou d’autres infractions au droit humanitaire international. En outre, signalons que l’*amicus* ne souhaitait pas faire de conjectures sur les restrictions possibles imposées par le droit international aux pouvoirs conférés par l’article 12 de la Loi sur le SCRS.

[192] En résumé, pour les besoins de la cause, à défaut de tout élément de preuve ou d’argument convaincant démontrant le contraire, j’estime que les usages proposés par le SCRS de la technologie à l’extérieur du Canada ne contreviendraient pas aux principes de droit international. Par conséquent, la réponse à la troisième question énoncée au paragraphe 150 est non.

[193] Signalons que je suis rassuré par le fait que la Cour d’appel fédérale rejette la thèse suivant laquelle « les activités d’enquête comportant intrusion menées à l’étranger contreviendraient nécessairement au droit international ou au principe de courtoisie entre nations » (arrêt *X (Re)*, au paragraphe 80). La Cour d’appel [fédérale] conclut que le SCRS doit obtenir un mandat chaque fois qu’il opte pour des méthodes d’enquêtes envahissantes, mais ajoute comme précision importante que cette obligation s’applique aux méthodes qui « constitueraient autrement un acte criminel ou une violation du droit à la protection contre les fouilles et les saisies [abusives] garanti par la Charte » (aux paragraphes 81 à 82). J’ajoute simplement que les objets des enquêtes dans cette affaire étaient des citoyens canadiens et non, comme en l’espèce, des ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada (voir l’arrêt *X (Re)*, aux paragraphes 9 et 11).

VI. Conclusion

[194] For the reasons provided in parts IV.C.3(a)–(d), above, the four proposed uses of the Technology within Canada that CSIS has proposed would not require a warrant.

[195] It bears emphasizing that my conclusion regarding CSIS's ability to engage in these proposed uses of the Technology without a warrant is premised on CSIS's adherence to the operational principles and measures discussed at paragraphs 62, 88, 116–117, 126–127 and 141, above. It is also based on the AGC's representations that only [***] data that is assessed to be threat-related would be ingested into CSIS's holdings, and that CSIS will not use the Technology [***] who has a recognized nexus to Canada, without a warrant.

[196] For the reasons provided in Part V, above, CSIS proposed uses of the Technology outside Canada, against foreign nationals with no nexus to Canada, would also not require a warrant.

JUDGMENT in CSIS-1-21

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The Technology may be deployed within Canada in the four specific ways that CSIS has proposed, without a warrant, provided that such uses of the Technology are consistent with the reasons provided above, and in particular with paragraphs 62, 88, 116–117, 126–127 and 141.
2. The Technology may be deployed outside Canada against foreign nationals with no nexus to Canada, without a warrant, in the two types of situations described at paragraphs 142 and 143 of the reasons above.

Confidential Appendix I—The Technology

Appendix I as referred to in paragraph 7 of this Judgment and Reasons is comprised of 14 pages and is fully redacted.

VI. Conclusion

[194] Pour les motifs énoncés aux rubriques IV.C.3(a) à (d), je conclus que les quatre usages proposés par le SCRS de la technologie au Canada ne nécessitent pas l'obtention d'un mandat.

[195] Il faut souligner que j'arrive à cette conclusion — quant à la légalité des usages proposés de la technologie sans mandat — en tenant pour acquis que les principes opérationnels et les mesures dont traitent les paragraphes 62, 88, 116 à 117, 126 à 127 et 141 des présents motifs sont suivis. Ma conclusion tient également compte des affirmations du PGC selon lesquelles seules les données [***] dont l'évaluation révèle une menace seraient téléversées dans les fonds de renseignements du SCRS et que ce dernier n'utilisera pas la technologie [***] a un lien reconnu avec le Canada sans mandat.

[196] Pour les motifs énoncés à la partie V des présents motifs, je suis d'avis que les usages proposés par le SCRS de la technologie à l'extérieur du Canada à l'égard de ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada ne nécessiteraient pas l'obtention de mandats.

JUGEMENT dans le dossier SCRS-1-21

LA COUR ORDONNE QUE :

1. La technologie peut être utilisée au Canada aux quatre fins précises proposées par le SCRS, sans mandat, à condition que ces usages soient conformes aux motifs énoncés plus haut, tout particulièrement les paragraphes 62, 88, 116 à 117, 126 à 127 et 141.
2. La technologie peut être utilisée à l'extérieur du Canada à l'égard de ressortissants étrangers dépourvus de lien avec le Canada, sans mandat, dans les deux situations décrites aux paragraphes 142 et 143 des motifs énoncés plus haut.

Annexe confidentielle I — la technologie

L'Annexe I, auquel il est référé au paragraphe 7 de ce Jugement et Motifs, comprend 16 pages et est entièrement caviardée.

Appendix II—Relevant Legislation

Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23

Collection, analysis and retention

12 (1) The Service shall collect, by investigation or otherwise, to the extent that it is strictly necessary, and analyse and retain information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada and, in relation thereto, shall report to and advise the Government of Canada.

No territorial limit

(2) For greater certainty, the Service may perform its duties and functions under subsection (1) within or outside Canada. R.S., 1985, c. C-23, s. 12; 2015, c. 9, s. 3.

Measures to reduce threats to the security of Canada

12.1 (1) If there are reasonable grounds to believe that a particular activity constitutes a threat to the security of Canada, the Service may take measures, within or outside Canada, to reduce the threat.

Limits

(2) The measures shall be reasonable and proportional in the circumstances, having regard to the nature of the threat, the nature of the measures, the reasonable availability of other means to reduce the threat and the reasonably foreseeable effects on third parties, including on their right to privacy.

Alternatives

(3) Before taking measures under subsection (1), the Service shall consult, as appropriate, with other federal departments or agencies as to whether they are in a position to reduce the threat.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

(3.1) The Canadian Charter of Rights and Freedoms is part of the supreme law of Canada and all measures taken by the Service under subsection (1) shall comply with it.

Warrant — *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

(3.2) The Service may take measures under subsection (1) that would limit a right or freedom guaranteed by the Canadian Charter of Rights and Freedoms only if a judge,

Annexe II — Législation applicable

Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23

Informations et renseignements

12 (1) Le Service recueille, au moyen d'enquêtes ou autrement, dans la mesure strictement nécessaire, et analyse et conserve les informations et renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada; il en fait rapport au gouvernement du Canada et le conseille à cet égard.

Aucune limite territoriale

(2) Il est entendu que le Service peut exercer les fonctions que le paragraphe (1) lui confère même à l'extérieur du Canada. L.R. (1985), ch. C-23, art. 12; 2015, ch. 9, art. 3.

Mesures pour réduire les menaces envers la sécurité du Canada

12.1 (1) S'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une activité donnée constitue une menace envers la sécurité du Canada, le Service peut prendre des mesures, même à l'extérieur du Canada, pour réduire la menace.

Limites

(2) Les mesures doivent être justes et adaptées aux circonstances, compte tenu de la nature de la menace et des mesures, des solutions de rechange acceptables pour réduire la menace et des conséquences raisonnablement prévisibles sur les tierces parties, notamment sur leur droit à la vie privée.

Autres options

(3) Avant de prendre des mesures en vertu du paragraphe (1), le Service consulte, au besoin, d'autres ministères ou organismes fédéraux afin d'établir s'ils sont en mesure de réduire la menace.

Charte canadienne des droits et libertés

(3.1) La *Charte canadienne des droits et libertés* fait partie de la loi suprême du Canada et toutes les mesures prises par le Service en vertu du paragraphe (1) s'y conforment.

Mandat — *Charte canadienne des droits et libertés*

(3.2) Le Service ne peut, en vertu du paragraphe (1), prendre des mesures qui limiteraient un droit ou une liberté garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés* que

on an application made under section 21.1, issues a warrant authorizing the taking of those measures.

Condition for issuance

(3.3) The judge may issue the warrant referred to in subsection (3.2) only if he or she is satisfied that the measures, as authorized by the warrant, comply with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Warrant — Canadian law

(3.4) The Service may take measures under subsection (1) that would otherwise be contrary to Canadian law only if the measures have been authorized by a warrant issued under section 21.1.

Notification of Review Agency

(3.5) The Service shall, after taking measures under subsection (1), notify the Review Agency of the measures as soon as the circumstances permit.

Clarification

(4) For greater certainty, nothing in subsection (1) confers on the Service any law enforcement power. 2015, c. 20, s. 42; 2019, c. 13, s. 23; 2019, c. 13, s. 98.

Prohibited conduct

12.2 (1) In taking measures to reduce a threat to the security of Canada, the Service shall not

(a) cause, intentionally or by criminal negligence, death or bodily harm to an individual;

(b) wilfully attempt in any manner to obstruct, pervert or defeat the course of justice;

(c) violate the sexual integrity of an individual;

(d) subject an individual to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, within the meaning of the Convention Against Torture;

(e) detain an individual; or

(f) cause the loss of, or any serious damage to, any property if doing so would endanger the safety of an individual.

si, sur demande présentée au titre de l'article 21.1, un juge décerne un mandat autorisant la prise de ces mesures.

Condition

(3.3) Le juge ne peut décerner le mandat visé au paragraphe (3.2) que s'il est convaincu que les mesures, telles qu'autorisées par le mandat, sont conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Mandat — droit canadien

(3.4) Le Service ne peut, en vertu du paragraphe (1), prendre des mesures qui seraient par ailleurs contraires au droit canadien que si ces mesures ont été autorisées par un mandat décerné au titre de l'article 21.1.

Avis à l'Office de surveillance

(3.5) Dans les plus brefs délais possible après la prise de mesures en vertu du paragraphe (1), le Service avise l'Office de surveillance de ces mesures.

Précision

(4) Il est entendu que le paragraphe (1) ne confère au Service aucun pouvoir de contrôle d'application de la loi. 2015, ch. 20, art. 42; 2019, ch. 13, art. 23; 2019, ch. 13, art. 98.

Interdictions

12.2 (1) Dans le cadre des mesures qu'il prend pour réduire une menace envers la sécurité du Canada, le Service ne peut :

a) causer, volontairement ou par négligence criminelle, des lésions corporelles à un individu ou la mort de celui-ci;

b) tenter volontairement de quelque manière d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice;

c) porter atteinte à l'intégrité sexuelle d'un individu;

d) soumettre un individu à la torture ou à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, au sens de la Convention contre la torture;

e) détenir un individu;

f) causer la perte de biens ou des dommages importants à ceux-ci si cela porterait atteinte à la sécurité d'un individu.

(2) [Repealed, 2019, c. 13, s. 99] 2015, c. 20, s. 42; 2019, c. 13, s. 99.

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]

Search or seizure

8 Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

(2) [Abrogé, 2019, ch. 13, art. 99] 2015, ch. 20, art. 42, 2019; ch. 13, art. 99.

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, c 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]

Fouilles, perquisitions ou saisies

8 Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

IMM-2241-22
2023 FC 143

IMM-2241-22
2023 CF 143

Malkeet Singh Virk and Amadeep Kaur Virk
(Applicants)

Malkeet Singh Virk et Amadeep Kaur Virk
(demandeurs)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(Respondent)

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

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

RÉPERTORIÉ : VIRK c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Duchesne A.J.—Ottawa, January 31, 2023.

Cour fédérale, juge adjoint Duchesne—Ottawa, 31 janvier 2023.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Motion in writing to revoke deemed discontinuance of applicants' application for leave, judicial review (ALJR) commenced under Immigration and Refugee Protection Act, s. 72(2), for order accepting their application record, which they argued was properly served, filed on April 11, 2022, for filing — Applicants' ALJR was commenced on March 9, 2022, deemed discontinued by Federal Court on December 6, 2022, because it had not been perfected within time provided by Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules (FCCIRPR), r. 10 — Deemed discontinuance resulted from automatic operation of Court's administrative practice to deem unperfected ALJRs as discontinued as set out in Court's December 6, 2022, Notice to the Profession titled "Deemed Discontinuance of Incomplete Applications for Leave and Judicial Review in Proceedings under the Immigration and Refugee Protection Act" (Deemed Discontinuance Practice) — Applicant (Mr. Virk), co-applicant (spouse) received unfavourable decision from Immigration and Refugee Board, Refugee Appeal Division — Applicants retained lawyer to represent them, commence legal proceedings — Lawyer out of country at time — Proceeding was filed by paralegal but mistakenly after deadline for filing — When lawyer back in country, eventually notified that application record filed late, that it contained irregularities — Later, lawyer allegedly stated to Mr. Virk that motion to revoke "deemed discontinuance" would be prepared; that application record filing date would be extended due to confusion as to proper filing date — Motion to revoke was prepared between December 6 to December 12, 2022 — Applicants relied on Federal Courts Rules (Rules), rr. 4, 6, 8 in support of their motion — Issue was whether applicants' motion should be granted — Defining feature of Deemed Discontinuance Practice is that it signals that litigants who have failed to perfect their ALJR within time set out in

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Il s'agissait d'une requête par écrit pour faire révoquer le désistement réputé de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire (DACJ) des demandeurs produite en vertu du paragraphe 72(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et pour obtenir une ordonnance pour que leur dossier de demande, qu'ils affirmaient avoir signifié et présenté de façon appropriée le 11 avril 2022, soit accepté pour dépôt — Les demandeurs ont déposé leur DACJ le 9 mars 2022 — La Cour a conclu qu'ils étaient réputés s'en être désistés le 6 décembre 2022, car la DACJ n'avait pas été mise en état dans les délais prévus par la règle 10 des Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d'immigration et de protection des réfugiés (les RFCIPR) — Le désistement réputé a émané de l'application automatique de la pratique administrative de la Cour selon laquelle les demandeurs dont la DACJ n'a pas été mise en état sont réputés s'en être désistés, conformément à l'Avis à la communauté juridique de la Cour du 6 décembre 2022 intitulé « Désistement réputé des demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire non mises en état dans les instances en vertu de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés » (pratique du désistement réputé) — Le demandeur (M. Virk) et la demanderesse (son épouse) ont reçu une décision défavorable de la Section d'appel des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié — Les demandeurs ont retenu les services d'un avocat pour les représenter et mettre la procédure juridique en branle — L'avocat était à l'étranger à ce moment — L'avis de demande a été déposé par un conseiller parajuridique mais par erreur après la date limite de dépôt — Lorsque l'avocat est revenu au pays, il a été informé que le dossier de demande avait été produit en retard et contenait des irrégularités — Ultrieurement, l'avocat aurait indiqué à M. Virk qu'il préparerait une demande informelle de révocation du « désistement réputé »; et

FCCIRPR will be deemed to have discontinued their proceeding pursuant to Rules, r. 165 — This is quicker process than that set out by FCCIRPR, r. 14 — Rules not explicitly providing for revocation of discontinuance, continuation of proceeding that had been discontinued — However, by providing for discontinuance pursuant to Rules, r. 165, Rules impliedly permitting party to resurrect its discontinued proceeding — Threshold for revocation of voluntary discontinuance is existence of exceptional circumstance, existence of fundamental event that causes reversal of decision to discontinue — Deemed discontinuance as set out in Deemed Discontinuance Practice operates discontinuance, triggers same effects as voluntary discontinuance before there is any evidence that discontinuing litigant took considered, voluntary decision to end their proceeding by delivering Notice of Discontinuance — Deemed discontinuance applying because of litigant's failure to perfect their ALJR in timely manner — Deemed Practice considering revocation of discontinuance, extension of time as being two separate steps that might have some overlapping considerations — First step is whether deemed discontinuance should be revoked — Second step is whether extension of time should be granted to perfect ALJR — In this case, applicants appeared to have relied on their solicitor of record without any follow up with him in April 2022 to determine whether an extension of time to perfect their ALJR had been sought, granted or refused — Given absence of applicants' diligence prior to their ALJR perfection date, there was no requirement to consider whether combined effects of paralegal's miscalculation of time to perfect, solicitor's reliance thereon, etc. constituted exceptional circumstance or fundamental event that affected applicants' ability to perfect their ALJR in timely manner — Consequently, first step of test not satisfied in this case — There was thus no reason to revoke deemed discontinuance — Also, there was no basis for extension of time here — Motion dismissed.

This was a motion in writing to revoke the deemed discontinuance of the application for leave and for judicial review (the ALJR) of the applicants commenced under subsection 72(2)

qu'il ferait proroger la date de dépôt du dossier de demande en raison de la confusion quant à la bonne date de production — La demande de révocation a été préparée entre le 6 et le 12 décembre 2022 — Les demandeurs ont invoqué les règles 4, 6 et 8 des Règles des Cours fédérales (les Règles) à l'appui de leur requête — Il s'agissait de savoir si la requête des demandeurs devait être accordée — Une caractéristique déterminante de la pratique du désistement réputé est le fait qu'elle signale que les plaideurs qui ont omis de mettre en état leur DACJ dans les délais prévus par les RCFCIPR seront réputés s'être désistés de leur instance conformément à la règle 165 des Règles — Il s'agit d'un processus plus rapide que celui énoncé à la règle 14 des RCFCIPR — Les Règles ne prévoient pas expressément la révocation des désistements et la réouverture des instances ainsi abandonnées — Cependant, en prévoyant le désistement conformément à la règle 165 des Règles, celles-ci autorisent implicitement une partie à faire revivre l'instance dont elle s'était désistée — Le seuil de la révocation d'un désistement volontaire est l'existence d'une circonstance exceptionnelle, l'existence d'un événement d'importance fondamentale qui suscite la volonté de revenir sur la décision de se désister — Un désistement réputé comme l'établit la pratique du désistement réputé entraîne le désistement et les mêmes effets qu'un désistement volontaire avant toute preuve que le plaideur a pris la décision réfléchie et volontaire de mettre fin à sa procédure en signifiant un avis de désistement — Le désistement réputé s'applique en raison du défaut du plaideur de mettre en état sa DACJ en temps opportun — La révocation d'un désistement et la prorogation des délais sont considérées comme deux étapes distinctes dont les considérations pourraient se recouper — La première étape est celle de savoir si le désistement réputé devrait être révoqué — La deuxième étape consiste à savoir s'il y a lieu d'accorder la prorogation du délai pour mettre la DACJ en état — En l'espèce, il semble que les demandeurs se soient fiés à leur avocat inscrit au dossier sans donner suite auprès de ce dernier en avril 2022 pour déterminer si la prorogation du délai pour mettre leur DACJ en état avait été demandée, accordée ou refusée — Compte tenu du manque de diligence des demandeurs avant la date de mise en état de leur DACJ, il n'était pas nécessaire de déterminer si l'effet combiné du mauvais calcul du délai de mise en état par le conseiller parajuridique et du fait que l'avocat s'y est fié, etc. constituaient un cas exceptionnel ou un événement d'importance fondamentale qui a nui à la capacité des demandeurs à mettre leur DACJ en état en temps opportun — Par conséquent, la première étape du critère n'a pas été franchie en l'espèce — Il n'y avait donc aucune raison de révoquer le désistement réputé — Il n'existait pas non plus de fondement pour proroger le délai en l'espèce — Requête rejetée.

Il s'agissait d'une requête par écrit pour faire révoquer le désistement réputé de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire (DACJ) des demandeurs produite en vertu du

of the *Immigration and Refugee Protection Act* and for an order accepting their application record, which they argued was properly served and filed on April 11, 2022, for filing. The applicants' ALJR was commenced on March 9, 2022. It was deemed discontinued by the Court on December 6, 2022, because it had not been perfected within the time provided by rule 10 of the *Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules* (the FCCIRPR). The deemed discontinuance resulted from the automatic operation of the Court's administrative practice to deem unperfected ALJRs as discontinued as set out in the Court's December 6, 2022, Notice to the Profession titled "Deemed Discontinuance of Incomplete Applications for Leave and Judicial Review in Proceedings under the *Immigration and Refugee Protection Act*" (the Deemed Discontinuance Practice).

The applicants (Mr. Virk and his spouse, the co-applicant) received an unfavourable decision from the Refugee Appeal Division on or about February 8, 2022. Through a translator, the applicants retained M^e Felipe Morales, a lawyer who practices in Montréal, and asked him to commence legal proceedings. Mr. Virk called the translator again on March 9, 2022, to ensure that his and his spouse's proceeding had been filed. The translator informed him that M^e Morales was out of the country at the time but was due back in his office on March 14, 2022. Mr. Virk stated that their Notice of Application was prepared and filed on March 9, 2022 by a paralegal from the lawyer's office and that they were told that the deadline to file would fall on April 9, 2022. However, the 30-day time period within which the applicants were to serve and file their application record pursuant to rule 10 of the FCCIRPR actually expired on Friday, April 8, 2022, and not on April 9, 2022, a Saturday. Mr. Virk stated that he contacted M^e Morales on or about March 15, 2022, and was assured by M^e Morales that their application record would be filed by the filing deadline. The Court record showed that M^e Morales or someone in his office submitted the application record via e-filing on April 11, 2022. It also showed that on April 13, 2022, the Registry verified the Court file to determine if the application record was filed in time, determined that it was filed one day late, and that the application record was otherwise deficient in that it did not include bookmarks. M^e Morales was contacted by the Registry Office on April 13, 2022, informing him that the application record was filed late and contained irregularities. He confirmed to the Registry Officer that he would be sending an informal request for an extension of time to file the application record and would correct the irregularities in the record. Mr. Virk deposed that he and his spouse received a notice on or about November 25, 2022, that the Canada Border Services Agency was calling them to appear and that contrary to what Mr. Virk thought, their case was not before

paragraphe 72(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et pour obtenir une ordonnance pour que leur dossier de demande, qu'ils affirmaient avoir signifié et présenté de façon appropriée le 11 avril 2022, soit accepté pour dépôt. Les demandeurs ont déposé leur DACJ le 9 mars 2022. La Cour a conclu qu'ils étaient réputés s'en être désistés le 6 décembre 2022, car la DACJ n'avait pas été mise en état dans les délais prévus par la règle 10 des *Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d'immigration et de protection des réfugiés* (RCFCIPR). Le désistement réputé a émané de l'application automatique de la pratique administrative de la Cour selon laquelle les demandeurs dont la DACJ n'a pas été mise en état sont réputés s'en être désistés, conformément à l'Avis à la communauté juridique de la Cour du 6 décembre 2022 intitulé « Désistement réputé des demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire non mises en état dans les instances en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* » (pratique du désistement réputé).

Les demandeurs (M. Virk et son épouse, la demanderesse) ont reçu une décision défavorable de la Section d'appel des réfugiés vers le 8 février 2022. Par l'intermédiaire d'un traducteur, les demandeurs ont retenu les services de M^e Felipe Morales, un avocat qui exerce à Montréal, et lui ont demandé de mettre la procédure juridique en branle. M. Virk a rappelé le traducteur le 9 mars 2022 pour s'assurer que leur instance avait été introduite. Le traducteur lui a dit que M^e Morales était à l'étranger à ce moment, mais qu'il devait revenir à son cabinet le 14 mars 2022. M. Virk a attesté que leur avis de demande a été préparé et déposé le 9 mars 2022 par un conseiller parajuridique du cabinet de l'avocat et qu'on leur a dit que la date limite de dépôt serait le 9 avril 2022. Cependant, le délai de 30 jours dans lequel les demandeurs devaient signifier et produire leur dossier de demande conformément à la règle 10 des RCFCIPR expirait le vendredi 8 avril 2022, et non le 9 avril 2022, un samedi. M. Virk a dit qu'il avait communiqué avec M^e Morales vers le 15 mars 2022 et que celui-ci lui avait assuré que son dossier de demande serait produit au plus tard à la date limite de dépôt. Selon le dossier de la Cour, M^e Morales, ou quelqu'un de son bureau, a envoyé le dossier de demande par voie électronique le 11 avril 2022. Toujours selon le dossier, le 13 avril 2022, le greffe a vérifié le dossier de la Cour afin de déterminer si le dossier de demande avait été déposé à temps, a constaté qu'il avait été déposé un jour en retard, et qu'il était par ailleurs incomplet, car il n'incluait pas de signets. M^e Morales a été contacté par le bureau du greffe le 13 avril 2022 pour l'informer que le dossier de demande avait été produit en retard et contenait des irrégularités. Il a confirmé au bureau du greffe qu'il enverrait une demande informelle de prorogation du délai pour déposer le dossier de demande et qu'il corrigerait les irrégularités au dossier. M. Virk a attesté que lui et son épouse ont reçu vers le 25 novembre 2022 un avis de l'Agence des services frontaliers du Canada les invitant à se présenter et que, contrairement à ce que M. Virk croyait,

the Federal Court. Mr. Virk then stated that he contacted his translator and was told that M^c Morales was out of the country from November 26 to December 4, 2022. There was no evidence regarding what occurred during this period. The Deemed Discontinuance Practice was published on December 6, 2022 and, in accordance with it, the applicants' then unperfected ALJR was deemed discontinued. According to Mr. Virk, M^c Morales, once back in Canada, informed him that he would prepare a motion to revoke the "deemed abandonment" and have the application record filing date extended because of the confusion as to the proper filing date. There was no evidence of when the suggested motion was prepared, whether any steps were taken to contact the respondent to seek its consent to an extension of time prior to December 6, 2022, or why no motion was prepared or contemplated immediately after Mr. Virk's call to his translator go-between on or about November 25 or 26, 2022. What could be deduced, however, was that the motion at issue was prepared at some point between December 6 and December 12, 2022.

The applicants relied on rules 4, 6 and 8 of the *Federal Courts Rules* (the Rules) in support of their motion. There was no argument as to whether or how the Court should exercise its discretion to extend the time in this case. The applicants' motion record contained no argument or written representations whatsoever on what factors the Court should consider in determining whether it should revoke the deemed discontinuance that operated through and as a result of the Court's Deemed Discontinuance Practice.

The issue was whether to grant the applicants' motion.

Held, the motion should be dismissed.

A defining feature of the Deemed Discontinuance Practice is that it signals that litigants who have failed to perfect their ALJR within the time set out in the FCCIRPR will be deemed to have discontinued their proceeding pursuant to rule 165 of the Rules. This is a quicker process than that set out by rule 14 of the FCCIRPR, which provides that the Court may decide the ALJR after the expiry of the time for an applicant to perfect despite that no application record has been filed. A discontinuance pursuant to rule 165 of the Rules is a unilateral act done without any other parties' consent or leave from the Court and operates to close the Court file in the proceeding. The service and filing of a Notice of Discontinuance by a litigant tells the other parties to the proceeding that the litigation will not be pursued; it signifies the formal end of the proceeding. The Rules do not explicitly provide for the revocation of a discontinuance and the continuation of the

leur cause n'avait pas été portée devant la Cour fédérale. M. Virk a ensuite déclaré qu'il a téléphoné à son traducteur et qu'on lui a dit que M^c Morales était à l'étranger du 26 novembre au 4 décembre 2022. Il n'y avait aucun élément de preuve sur ce qui s'est passé pendant cette période. La pratique du désistement réputé a été publiée le 6 décembre 2022 et, conformément à celle-ci, les demandeurs ont été réputés s'être désistés de leur DACJ. M. Virk a affirmé que M^c Morales, une fois de retour au Canada, l'a informé qu'il préparerait une requête en révocation du désistement réputé et qu'il ferait proroger la date de dépôt du dossier de demande en raison de la confusion quant à la bonne date de production. Il n'y avait aucun élément de preuve pour établir : le moment où la requête proposée a été préparée; les mesures, le cas échéant, qui ont été prises pour communiquer avec l'intimé afin d'obtenir son consentement à la prorogation avant le 6 décembre 2022; ou la raison pour laquelle aucune requête n'a été préparée ou envisagée immédiatement après l'appel de M. Virk à son traducteur intermédiaire, vers le 25 ou le 26 novembre 2022. On pouvait toutefois déduire que la requête en l'espèce a été préparée à un moment donné entre le 6 et 12 décembre 2022.

Les demandeurs ont invoqué les règles 4, 6 et 8 des *Règles des Cours fédérales* (les Règles) à l'appui de leur requête. Il n'y avait aucun argument pour montrer que la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire ou de quelle façon elle devrait le faire pour proroger le délai en l'espèce. Le dossier de requête des demandeurs ne contenait aucun argument ou observation quelconque sur les facteurs dont la Cour devrait tenir compte pour déterminer si elle devrait révoquer le désistement réputé découlant de la pratique du désistement réputé de la Cour.

Il s'agissait de savoir si la requête des demandeurs devait être accordée.

Jugement : la requête doit être rejetée.

Une caractéristique déterminante de la pratique du désistement réputé est le fait qu'elle signale que les plaideurs qui ont omis de mettre en état leur DACJ dans les délais prévus par les RCFCIPR seront réputés s'être désistés de leur instance conformément à la règle 165 des Règles. Il s'agit d'un processus plus rapide que celui énoncé à la règle 14 des RCFCIPR, laquelle prévoit que la Cour peut trancher la DACJ après l'expiration du délai de mise en état de la demande par le demandeur malgré le fait qu'aucun dossier de demande n'ait été produit. Le désistement en vertu de la règle 165 des Règles est un acte unilatéral effectué sans consentement d'aucune autre partie ni autorisation de la Cour et a pour effet de fermer le dossier de la Cour dans l'instance. La signification et la production d'un avis de désistement par un plaideur avisent l'autre partie à l'instance que le litige ne sera pas poursuivi; l'avis signale la fin officielle de l'instance. Les Règles ne prévoient

proceeding that had been discontinued. However, by providing for a discontinuance pursuant to rule 165, the Rules impliedly permit a party to resurrect its discontinued proceeding. The threshold for revocation of a voluntary discontinuance is the existence of an exceptional circumstance, the existence of a fundamental event that causes the reversal of the decision to discontinue. A deemed discontinuance as set out in the Deemed Discontinuance Practice operates a discontinuance and triggers the same effects as a voluntary discontinuance before there is any evidence that the discontinuing litigant took the considered and voluntary decision to end their proceeding by delivering a Notice of Discontinuance. The deemed discontinuance applies because of the litigant's failure to perfect their ALJR in a timely manner. A party should only be relieved from the effects of a deemed discontinuance triggered by the litigant's inaction and the Deemed Discontinuance Practice in circumstances where they can establish that their inaction and failure to perfect their ALJR in a timely manner is the result of exceptional circumstances or fundamental event that affected their ability to perfect their ALJR when required, notwithstanding that they were otherwise diligently taking the necessary steps to perfect their ALJR in time.

While the case law examined here holds that the test for the revocation of a discontinuance includes at least four considerations, including the first consideration that exceptional circumstances justifying the revocation of the discontinuance exist, the Deemed Practice considers the revocation of a discontinuance and an extension of time as being two separate steps that might have some overlapping considerations. The first step is whether the deemed discontinuance should be revoked. This threshold inquiry involves a proper examination of what affected the ability of the applicant to perfect their ALJR in time. The second step is whether an extension of time should be granted to perfect the ALJR. Separating the two steps provides a conceptual framework that recognizes that each test should be weighted individually. The result is a two-step ALJR-specific conceptual framework that imposes greater discipline and respect for the time set out in the FCCIRPR.

In this case, the applicants appeared to have relied on their solicitor of record without any follow up with him in April 2022 to determine whether an extension of time to perfect their ALJR had been sought, granted or refused. This was not a case where the axiom that litigants ought not to be punished for the inadvertence or faults of their solicitors applied. There was no evidence of diligence by the applicants after having been informed by their solicitors that an extension of time to perfect their ALJR would be required. In addition, there was no evidence at all of any communications between the applicants

pas expressément la révocation des désistements et la réouverture des instances ainsi abandonnées. Cependant, en prévoyant le désistement conformément à la règle 165 des Règles, celles-ci autorisent implicitement une partie à faire revivre l'instance dont elle s'était désistée. Le seuil de la révocation d'un désistement volontaire est l'existence d'une circonstance exceptionnelle, l'existence d'un événement d'importance fondamentale qui suscite la volonté de revenir sur la décision de se désister. Un désistement réputé comme l'établit la pratique du désistement réputé entraîne le désistement et les mêmes effets qu'un désistement volontaire avant toute preuve que le plaideur a pris la décision réfléchie et volontaire de mettre fin à sa procédure en signifiant un avis de désistement. Le désistement réputé s'applique en raison du défaut du plaideur à mettre en état sa DACJ en temps opportun. Une partie ne doit échapper aux effets d'un désistement réputé découlant de son inaction et de l'application de la pratique du désistement réputé que dans les circonstances où elle peut établir que son inaction et son défaut à mettre sa DACJ en état en temps opportun sont le résultat de circonstances exceptionnelles ou d'un événement d'importance fondamentale qui a nui à sa capacité à mettre sa DACJ en état au moment requis, peu importe si elle faisait par ailleurs preuve de diligence en prenant les mesures nécessaires pour mettre sa DACJ en état dans les délais.

Bien que la jurisprudence examinée en l'espèce indique que le critère pour révoquer un désistement inclut au moins quatre points à considérer, y compris le premier point portant que l'existence de circonstances exceptionnelles justifie la révocation du désistement, la pratique du désistement réputé considère la révocation d'un désistement et la prorogation des délais comme deux étapes distinctes dont les considérations pourraient se recouper. La première étape est celle de savoir si le désistement réputé devrait être révoqué. Cette analyse du seuil implique un examen approprié de ce qui a nui à la capacité du demandeur à mettre sa DACJ en état à temps. La deuxième étape consiste à savoir s'il y a lieu d'accorder la prorogation du délai pour mettre la DACJ en état. Le fait de séparer les deux étapes offre un cadre conceptuel qui reconnaît que chaque critère doit être pondéré individuellement. Il en résulte un cadre conceptuel à deux étapes propres aux DACJ qui impose une plus grande discipline et un plus grand respect des délais établis dans les RCFCIPR.

En l'espèce, il semble que les demandeurs se soient fiés à leur avocat inscrit au dossier sans donner suite auprès de ce dernier en avril 2022 pour déterminer si la prorogation du délai pour mettre leur DACJ en état avait été demandée, accordée ou refusée. Il ne s'agissait pas d'une affaire où l'axiome selon lequel il ne faut pas punir une partie pour l'inadvertance ou la faute de son avocat s'appliquait. Il n'y avait aucune preuve de diligence de la part des demandeurs après que leur avocat les a avisés qu'une prorogation du délai serait nécessaire pour mettre leur DACJ en état. D'ailleurs, il n'y avait aucune preuve

their solicitor of record over the more than seven months that passed after the represented ALJR perfection date to determine whether the proceeding was advancing or not. Considering the absence of the applicants' diligence prior to their ALJR perfection date, there was no requirement to consider whether the combined effects of a paralegal's miscalculation of the time to perfect, a solicitor's reliance thereon, and/or a solicitor's failure to act after being informed by the Registry that action was required to cure an attempted and refused filing, taken together, constituted an exceptional circumstance or fundamental event that affected the applicants' ability to perfect their ALJR in a timely manner. Consequently, the first step of the test was not satisfied in this case. There was thus no reason to revoke the deemed discontinuance. Finally, no evidence was provided to address the factors in motions for extensions of time under rule 8 of the Rules more generally or to explain each period of the lengthy delay between the perfection date of April 8, 2022, and the date of the motion at issue here. There was therefore also no basis for an extension of time.

de quelque communication que ce soit entre les demandeurs et leur avocat inscrit au dossier au cours des sept mois et plus qui se sont écoulés après la date de mise en état de leur DACJ au sujet de l'état d'avancement de l'instance. Compte tenu du manque de diligence des demandeurs avant la date de mise en état de leur DACJ, il n'était pas nécessaire de déterminer si l'effet combiné du mauvais calcul du délai de mise en état par le conseiller parajuridique, du fait que l'avocat s'y est fié et du défaut de l'avocat d'agir après avoir été informé par le greffe que des mesures devaient être prises pour corriger un dépôt non conforme et refusé constituait un cas exceptionnel ou un événement d'importance fondamentale qui a nui à la capacité des demandeurs à mettre leur DACJ en état en temps opportun. Par conséquent, la première étape du critère n'a pas été franchie en l'espèce. Il n'y avait donc aucune raison de révoquer le désistement réputé. Enfin, aucune preuve n'a été présentée pour traiter des facteurs des requêtes en prorogation des délais en vertu de la règle 8 des Règles de façon plus générale ou pour expliquer chaque période de longs retards entre la date de mise en état du 8 avril 2022 et la date de la requête en l'espèce. Il n'existait donc aucun fondement pour proroger le délai.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29.
Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules, SOR/93-22, rr. 10, 14.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 4, 6, 8, 165, 402.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 72(2).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 26–30.

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Hennelly, 1999 CanLII 8190, 167 F.T.R. 158 (F.C.A.); *Philipos v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 79, [2016] 4 F.C.R. 268; *Naboulsi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 916; *Adegbite v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2022 FC 145 (CanLII); *Sherwood v. Cinnabar Brown Holdings Ltd.*, 2021 BCCA 88 (CanLII).

CONSIDERED:

Alberta v. Canada, 2018 FCA 83, 425 D.L.R. (4th) 366.

REFERRED TO:

Canada (Attorney General) v. Larkman, 2012 FCA 204, 433 N.R. 184; *Barrette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 121, 1976 CanLII 180.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 26–30.
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 72(2).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 4, 6, 8, 165, 402.
Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d'immigration et de protection des réfugiés, DORS/93-22, règles 10, 14.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Procureur général) c. Hennelly, 1999 CanLII 8190 (C.A.F.); *Philipos c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 79, [2016] 4 R.C.F. 268; *Naboulsi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 916; *Adegbite c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2022 CF 145 (CanLII); *Sherwood v. Cinnabar Brown Holdings Ltd.*, 2021 BCCA 88 (CanLII).

DÉCISION EXAMINÉE :

Alberta c. Canada, 2018 CAF 83.

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Canada (Procureur général) c. Larkman, 2012 CAF 204; *Barrette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 121, 1976 CanLII 180.

AUTHORS CITED

Federal Court, Notice to Profession, “Deemed Discontinuance of Incomplete Applications for Leave and Judicial Review in Proceedings under the *Immigration and Refugee Protection Act*” (December 6, 2022).

MOTION in writing to revoke the deemed discontinuance of the application for leave and for judicial review of the applicants commenced under subsection 72(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act* and for an order accepting their application record. Motion dismissed.

APPEARANCES

Felipe Morales for applicants.
Chantal Chatmajian for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Semperlex Avocats S.A.R.F. / INC, Montréal,
for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for
respondent.

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

[1] DUCHESNE A.J.: On December 12, 2022, the Applicants brought a motion to revoke the deemed discontinuance of their Application for Leave and for Judicial Review (ALJR) commenced under subsection 72(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 and for an order accepting their Application Record which they argue was properly served and filed on April 11, 2022, for filing.

[2] The Applicants’ ALJR was commenced on March 9, 2022. It was deemed discontinued by the Court on December 6, 2022, because it had not been perfected within the time provided by rule 10 of the *Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 (the FCCIRPR). The deemed discontinuance resulted from the automatic operation of the Court’s

DOCTRINE CITÉE

Cour fédérale, Avis à la communauté juridique, « Désistement réputé des demandes d’autorisation et de contrôle judiciaire non mises en état dans les instances en vertu de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* » (6 décembre 2022).

REQUÊTE par écrit pour faire révoquer le désistement réputé de la demande d’autorisation et de contrôle judiciaire des demandeurs produite en vertu du paragraphe 72(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* et pour obtenir une ordonnance pour que leur dossier de demande soit accepté pour dépôt. Requête rejetée.

ONT COMPARU :

Felipe Morales pour les demandeurs.
Chantal Chatmajian pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Semperlex Avocats S.A.R.F. / INC, Montréal, pour
les demandeurs.
La sous-procureure générale du Canada pour
le défendeur.

Ce qui suit est la version française des motifs de l’ordonnance et de l’ordonnance rendus par

[1] LE JUGE ADJOINT DUCHESNE : Le 12 décembre 2022, les demandeurs ont présenté une requête pour faire révoquer le désistement réputé de leur demande d’autorisation et de contrôle judiciaire (DACJ) produite en vertu du paragraphe 72(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 et pour obtenir une ordonnance pour que leur dossier de demande, qu’ils affirment avoir signifié et présenté de façon appropriée le 11 avril 2022, soit accepté pour dépôt.

[2] Les demandeurs ont déposé leur DACJ le 9 mars 2022. La Cour a conclu qu’ils étaient réputés s’en être désistés le 6 décembre 2022, car la DACJ n’avait pas été mise en état dans les délais prévus par la règle 10 des *Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d’immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 (RCFCIPR). Le désistement réputé a entraîné l’application

administrative practice to deem unperfected ALJRs as discontinued as set out in the Court's December 6, 2022, Notice to the Profession titled "Deemed Discontinuance of Incomplete Applications for Leave and Judicial Review in Proceedings under the *Immigration and Refugee Protection Act*" (the Deemed Discontinuance Practice).

[3] These reasons will consider the test applicable on a motion to revoke the deemed discontinuance arising from the operation of the Court's Deemed Discontinuance Practice, to reopen the proceeding, and to obtain an extension of time to perfect an ALJR. Although nothing turns on the amendment on this motion, the December 6, 2022, Deemed Discontinuance Practice was amended on December 22, 2022, to include and apply to ALJRs pursuant to the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29.

[4] For the reasons that follow, the Applicants' motion is dismissed.

I. The Evidence before the Court

[5] The Applicants' evidence consists of two affidavits. The first is the affidavit of the Applicant Mr. Malkeet Singh Virk solemnly affirmed on December 12, 2022. The second is the affidavit Makhan Singh affirmed on December 12, 2022.

[6] Makhan Singh's affidavit is limited to the fact that he is fluent in the English and Punjabi languages, that he read the English language version of the Applicant's affidavit to the Applicant in Punjabi, and that the Applicant affirmed his affidavit after it had been translated and read to him.

[7] The Applicant Mr. Virk's evidence is that he and his spouse, the co-applicant Amandeep Kaur Virk, sought to retain a lawyer to represent them after they received an unfavourable decision from the Refugee Appeal Division on or about February 8, 2022. A translator and a paralegal working in Montréal suggested to him that it might be possible for them to retain M^e Felipe

automatique de la pratique administrative de la Cour selon laquelle les demandeurs dont la DACJ n'a pas été mise en état sont réputés s'en être désistés, conformément à l'Avis à la communauté juridique de la Cour du 6 décembre 2022 intitulé « Désistement réputé des demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire non mises en état dans les instances en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* » (pratique du désistement réputé).

[3] Dans les présents motifs, la Cour examine le critère qui s'applique à la requête en révocation du désistement réputé découlant de l'application de la pratique du désistement réputé de la Cour, en réouverture de l'instance et en prorogation du délai afin de mettre une DACJ en état. Bien que cela n'ait rien à voir avec le dépôt de la présente requête, le 6 décembre 2022, la pratique du désistement réputé a été modifiée le 22 décembre 2022 afin de viser également les DACJ déposées sous le régime de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29.

[4] Pour les motifs qui suivent, la requête des demandeurs est rejetée.

I. La preuve présentée à la Cour

[5] La preuve des demandeurs consiste en deux affidavits. Le premier est l'affidavit du demandeur M. Malkeet Singh Virk souscrit le 12 décembre 2022. Le second est l'affidavit de Makhan Singh, souscrit le 12 décembre 2022.

[6] L'affidavit de Makhan Singh se limite au fait qu'il parle couramment l'anglais et le pendjabi, qu'il a lu la version anglaise de l'affidavit du demandeur au demandeur en pendjabi, et que le demandeur a signé son affidavit après en avoir entendu la traduction.

[7] La preuve du demandeur, M. Virk, est que lui et son épouse, la demanderesse Amandeep Kaur Virk, ont cherché à retenir les services d'un avocat pour les représenter après avoir reçu une décision défavorable de la Section d'appel des réfugiés vers le 8 février 2022. Un traducteur et conseiller parajuridique travaillant à Montréal lui avait affirmé qu'il pourrait retenir les

Morales, a lawyer who practices in Montréal. Mr. Virk asked the translator to retain M^e Morales on his and his spouse's behalf and to commence legal proceedings. The dates of these communications is not set out in the evidence.

[8] Mr. Virk called the translator again on March 9, 2022, to ensure that his and his spouse's proceeding had been filed. The translator told Mr. Virk that M^e Morales was out of the country at the time but was due back in his office on March 14, 2022. Mr. Virk deposes that he insisted to the translator that his and his spouse's Notice of Application be prepared and filed. According to Mr. Virk, a Mr. David Barrios, whose qualifications are not deposed to, prepared and filed the Applicants' Notice of Application on March 9, 2022. Mr. Virk deposes that he was told by Mr. Barrios that he had "put in the calendar the deadline to file would fall on April 9, 2022."

[9] I observe that the 30-day time period within which the Applicants were to serve and file their Application Record pursuant to rule 10 of the FCCIRPR expired on Friday, April 8, 2022, and not on April 9, 2022, a Saturday. The Application Record filing date had apparently been miscalculated and diarized by Mr. Barrios.

[10] Mr. Virk says that he contacted M^e Morales on or about March 15, 2022, and was assured by M^e Morales that their Application Record would be filed by the filing deadline. Mr. Virk deposes more specifically that, "Mr. Morales explained that since his paralegal indicated the deadline for filing was April 9, 2022, the delay would be extended to April 11, 2022." He says that M^e Morales confirmed to him that their Application Record was filed on April 11, 2022. As far as next steps were concerned, Mr. Virk deposes further that, "Mr. Morales told me that the next step would be to receive a Response Memorandum, if necessary to file a reply and then a decision would be made by a judge whether we would be granted leave or not."

[11] The Court record shows that M^e Morales or someone in his office submitted the Application Record via e-filing on April 11, 2022. The Court record also shows

services de M^e Felipe Morales, un avocat qui exerce à Montréal. M. Virk a demandé au traducteur de retenir les services de M^e Morales en son nom et celui de son épouse et de mettre la procédure juridique en branle. Les dates de ces communications ne figurent pas dans la preuve.

[8] M. Virk a rappelé le traducteur le 9 mars 2022 pour s'assurer que leur instance avait été introduite. Le traducteur lui a dit que M^e Morales était à l'étranger, mais qu'il devait revenir à son cabinet le 14 mars 2022. M. Virk atteste qu'il a insisté auprès du traducteur pour que leur avis de demande soit préparé et déposé. Selon M. Virk, un certain M. David Barrios, dont les compétences ne sont pas attestées, a préparé et déposé l'avis de demande des demandeurs le 9 mars 2022. M. Virk atteste que M. Barrios lui a dit qu'il avait [TRADUCTION] « inscrit au calendrier que la date limite de dépôt serait le 9 avril 2022 ».

[9] Je remarque que le délai de 30 jours dans lequel les demandeurs devaient signifier et produire leur dossier de demande conformément à la règle 10 des RCFCIPR était le vendredi 8 avril 2022, et non le 9 avril 2022, un samedi. M. Barrios aurait mal calculé et consigné la date de production du dossier de demande.

[10] M. Virk a dit qu'il avait communiqué avec M^e Morales vers le 15 mars 2022 et que celui-ci lui avait assuré que son dossier de demande serait produit au plus tard à la date limite de dépôt. M. Virk atteste plus précisément que [TRADUCTION] « M^e Morales a expliqué que, puisque son conseiller parajuridique avait indiqué que la date limite de production était le 9 avril, le délai serait reporté au 11 avril 2022 ». Il affirme que M^e Morales lui avait confirmé que leur dossier de demande avait été déposé le 11 avril 2022. En ce qui concerne les étapes suivantes, M. Virk atteste en outre que : [TRADUCTION] « M^e Morales m'a dit que l'étape suivante consistait à recevoir le mémoire du défendeur, puis, au besoin, à déposer un mémoire en réplique, et qu'ensuite, un juge rendrait une décision quant à l'autorisation ».

[11] Selon le dossier de la Cour, M^e Morales, ou quelqu'un de son bureau, a envoyé le dossier de demande par voie électronique le 11 avril 2022. Toujours

that on April 13, 2022, the Registry verified the Court file to determine if the Application Record was filed in time, determined that it was filed one day late, and that the Application Record was otherwise deficient in that it did not include bookmarks. One of the Court's Registry Officers called M^e Morales on April 13, 2022, to inform him that the Application Record was filed late and contained irregularities. The Registry Officer's note in the Court record shows that M^e Morales had confirmed to the Registry Officer during their April 13, 2022, telephone call that he would be sending an informal request for an extension of time to file the Application Record and would correct the irregularities in the record he or someone from his office had attempted to file.

[12] Although these facts regarding the Registry and the April 13, 2022, communications are not in Mr. Virk's affidavit, they are referred to in his Notice of Motion, albeit with a typographical error as to the month in which M^e Morales' discussion with the Registry took place. The Notice of Motion alleges that, "The Applicant[s] solicitors received communications from the Registry on or about November 13, 2022, that there had been a delay but thought the Record would be accepted after discussion with the Registry." There is no reference in the Court record to any communications between the Registry and M^e Morales on November 13, 2022. This stated "thought" about how the Registry could accept the Virks' Application Record without a Court Order strains credulity and runs contrary to the Court's Rules and practice. As the Court record shows with respect to the April 13, 2022, telephone call between the Registry and M^e Morales, M^e Morales knew that a request for an extension of time was required in any event. As there is no affidavit evidence regarding any November 13, 2022, call involving the Registry and M^e Morales, I accept that the facts reflected in the Court record regarding the April 13, 2022, interactions are accurate.

[13] Mr. Virk deposes that he and his spouse received a notice on or about November 25, 2022, that the Canada Border Services Agency (the CBSA) was calling them to appear. He deposes that he told the CBSA that their case was in the Federal Court. He says he was then told by the CBSA that his statement about his case being before this Court was inaccurate. Mr. Virk says he then called

selon le dossier, le 13 avril 2022, le greffe a vérifié le dossier de la Cour afin de déterminer si le dossier de demande avait été déposé à temps, a constaté qu'il avait été déposé un jour en retard, et qu'il était par ailleurs incomplet, car il n'incluait pas de signets. L'un des agents du greffe a appelé M^e Morales le 13 avril 2022 pour l'informer que le dossier de demande avait été produit en retard et contenait des irrégularités. La note au dossier de la Cour de l'agent du greffe indique que M^e Morales lui avait confirmé durant leur appel du 13 avril 2022 qu'il enverrait une demande informelle de prorogation du délai pour déposer le dossier de demande et qu'il corrigerait les irrégularités au dossier que lui ou un membre de son personnel avait tenté de déposer.

[12] Même s'ils ne figurent pas à l'affidavit de M. Virk, les faits concernant le greffe et les communications du 13 avril 2022 sont mentionnés dans son avis de requête, bien qu'avec une erreur typographique quant au mois où la discussion de M^e Morales avec le greffe a eu lieu. Selon l'avis de requête, [TRADUCTION] « l'avocat des demandeurs a reçu des communications du greffe vers le 13 novembre 2022 : il y avait eu un retard, mais il pensait que le dossier serait accepté après sa discussion avec le greffe ». Le dossier de la Cour est muet sur les communications du 13 novembre 2022 entre le greffe et M^e Morales. Cette « pensée » que le greffe accepterait le dossier de demande des demandeurs sans ordonnance de la Cour pousse la crédulité à sa limite et va à l'encontre des Règles et des pratiques de la Cour. Comme l'indique le dossier de la Cour relativement à l'appel téléphonique du 13 avril 2022 entre le greffe et M^e Morales, ce dernier savait qu'une demande de prorogation était requise de toute façon. Puisqu'il n'y a pas d'élément de preuve par affidavit au sujet d'un appel le 13 novembre 2022 entre le greffe et M^e Morales, j'accepte les faits figurant au dossier de la Cour relativement aux interactions du 13 avril 2022 comme étant exacts.

[13] M. Virk atteste que lui et son épouse ont reçu vers le 25 novembre 2022 un avis de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) les invitant à se présenter. Il atteste avoir avisé l'ASFC que leur cause avait été portée devant la Cour fédérale. Il affirme que l'ASFC lui a dit alors que ses propos concernant sa cause étaient erronés. M. Virk déclare qu'il a ensuite téléphoné à

his translator and was told that M^e Morales was out of the country from November 26 to December 4, 2022. There is no evidence or allegation about what transpired between approximately November 25 or 26, 2022, and at least December 4, 2022.

[14] The Deemed Discontinuance Practice was published on December 6, 2022 and, in accordance with it, the Applicants' then unperfected ALJR was deemed discontinued. A copy of the Deemed Discontinuance Practice was registered in the Court file.

[15] Mr. Virk says that M^e Morales, once back in Canada, informed him that he would prepare a motion to revoke the "deemed abandonment" and have the Application Record filing date extended because of the confusion as to the proper filing date. No evidence is provided as to precisely when this discussion may have taken place but logic would dictate that it would have to have been after December 6, 2022, being the date on which the Deemed Discontinuance Practice was published and prior to this motion being filed on December 12, 2022.

[16] There is no evidence of when the suggested motion was prepared, whether any steps were taken to contact the Respondent to seek its consent to an extension of time prior to December 6, 2022, or why no motion was prepared or contemplated immediately after Mr. Virk's call to his translator go-between on or about November 25 or 26, 2022. What can be deduced, however, is that the motion before me was prepared at some point between December 6 and December 12, 2022.

II. The Law Relied Upon by the Applicants

[17] The Applicants rely on rules 4, 6 and 8 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (the Rules) in support of their motion.

[18] Rule 4 provides that on a motion, the Court may provide for any procedural matter not provided for in the Rules or in an Act of Parliament by analogy to the Rules or by reference to the practice of the superior court of

son traducteur et qu'on lui a dit que M^e Morales était à l'étranger du 26 novembre au 4 décembre 2022. Il n'y a ni élément de preuve ni allégation sur ce qui s'est passé entre le 25 ou le 26 novembre 2022 et le 4 décembre 2022, à tout le moins.

[14] La pratique du désistement réputé a été publiée le 6 décembre 2022 et, conformément à celle-ci, les demandeurs ont été réputés s'être désistés de leur DACJ. Une copie de la pratique du désistement réputé a été versée au dossier de la Cour.

[15] M. Virk affirme que M^e Morales, une fois de retour au Canada, l'a informé qu'il préparerait une requête en révocation du désistement réputé et qu'il ferait proroger la date de dépôt du dossier de demande en raison de la confusion quant à la bonne date de production. Aucun élément de preuve n'est donné quant à la date précise où cette discussion aurait eu lieu, mais la logique veut qu'elle ait dû avoir lieu après le 6 décembre, soit la date de publication de la pratique du désistement réputé et avant le dépôt de la présente requête, le 12 décembre 2022.

[16] Il n'y a aucun élément de preuve pour établir : le moment où la requête proposée a été préparée; les mesures, le cas échéant, qui ont été prises pour communiquer avec l'intimé afin d'obtenir son consentement à la prorogation avant le 6 décembre 2022; ou la raison pour laquelle aucune requête n'a été préparée ou envisagée immédiatement après l'appel de M. Virk à son traducteur intermédiaire, vers le 25 ou le 26 novembre 2022. On peut toutefois déduire que la requête dont je suis saisi a été préparée à un moment donné entre le 6 et 12 décembre 2022.

II. Le droit invoqué par les demandeurs

[17] Les demandeurs invoquent les règles 4, 6 et 8 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (Règles) à l'appui de leur requête.

[18] Aux termes de la règle 4, en cas de silence des Règles ou des lois fédérales, la Cour peut, lors de la présentation de la requête, déterminer la procédure applicable par analogie avec les Règles ou par renvoi à la

the province to which the subject matter of the proceeding most closely relates. The Applicants have neither identified a procedural matter that is not provided for in the Rules, nor have they suggested which provincial superior court rule should apply by analogy. Given these omissions, there appears to be no basis in the Motion Record for the Applicants' reliance on rule 4 of the Rules.

[19] Rule 6 provides that the computation of time under the Rules or under an order of the Court is governed by sections 26 to 30 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21. The Applicants argue in their written representations that "[a]n error in calculation of sections 26 to 30 of the *Interpretation Act* led the Applicants to believe they could file the Record on April 11, 2022, rather than April 8, 2022." I note here that through this argument the written representations reflect that at some point the Applicants realized that April 8, 2022, was their filing deadline, and not April 9, 2022. There is no affidavit evidence of how the error in calculating time occurred or when April 8, 2022, was acknowledged by the Applicants as the correct perfection deadline.

[20] Rule 8 provides that the Court may, on a motion, extend or abridge a period provided by the Rules or fixed by an Order of the Court, including after the time sought to be extended has expired. The discretion afforded to the Court with respect to motions for extensions of time pursuant to rule 8 of the Rules is typically exercised after considering the well-known test applicable to motions for extensions of time set out in *Canada (Attorney General) v. Hennelly*, 1999 CanLII 8190, 167 F.T.R. 158 (F.C.A.) (*Hennelly*), at paragraph 3, that was further considered in *Canada (Attorney General) v. Larkman*, 2012 FCA 204, 433 N.R. 184, at paragraph 62 and in *Alberta v. Canada*, 2018 FCA 83, 425 D.L.R. (4th) 366, at paragraph 45, among others.

[21] Pursuant to the *Hennelly* decision, the moving party seeking an extension of time must lead evidence to establish: (1) a continuing intention to pursue his or her application; (2) that their application has some merit; (3) that no prejudice to the Respondent on the motion

pratique de la cour supérieure de la province à laquelle l'objet de l'instance se rapproche le plus. Les demandeurs n'ont ni indiqué de procédure applicable sur laquelle les Règles sont muettes ni proposé de règle d'une cour supérieure provinciale qui devrait s'appliquer par analogie. Étant donné ces omissions, il ne semble y avoir aucun fondement dans le dossier de requête des demandeurs pour invoquer la règle 4 des Règles.

[19] La règle 6 prévoit que le calcul des délais prévus par les Règles ou fixés par une ordonnance de la Cour est régi par les articles 26 à 30 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21. Les demandeurs affirment dans leurs observations écrites qu'une [TRADUCTION] « erreur de calcul des délais visés aux articles 26 à 30 de la *Loi d'interprétation* a mené les demandeurs à croire qu'ils pouvaient déposer le dossier le 11 avril 2022 plutôt que le 8 avril 2022 ». Je remarque ici que, par cet argument, les observations écrites indiquent qu'à un moment donné, les demandeurs se sont rendu compte que leur date limite de dépôt était le 8 avril 2022, et non le 9 avril 2022. Il n'y a aucun élément de preuve par affidavit sur la façon dont l'erreur dans le calcul des délais s'était produite, ou sur le moment où les demandeurs ont reconnu que le 8 avril 2022 était la date limite de mise en état.

[20] Aux termes de la règle 8 des Règles, la Cour peut, sur requête, proroger ou abréger une période prévue par les Règles ou fixée par une ordonnance de la Cour, y compris après l'expiration du délai. La Cour n'exerce habituellement le pouvoir discrétionnaire dont elle jouit relativement aux requêtes en prorogation des délais en vertu de la règle 8 des Règles qu'après avoir tenu compte du critère bien connu qui s'applique à de telles requêtes, qui a été établi dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Hennelly*, 1999 CanLII 8190 (C.A.F.) (*Hennelly*), au paragraphe 3, et approfondi dans les arrêts *Canada (Procureur général) c. Larkman*, 2012 CAF 204, au paragraphe 62, et *Alberta c. Canada*, 2018 CAF 83, au paragraphe 45, entre autres.

[21] Conformément à l'arrêt *Hennelly*, le requérant qui cherche à obtenir la prorogation d'un délai doit démontrer que : 1) il a l'intention constante de poursuivre sa demande; 2) que la demande est bien fondée; 3) Ille défendeur ne subit pas de préjudice en raison du délai;

arises from the delay; and (4) that a reasonable explanation for the delay exists for the whole of the delay period in respect of the extension sought. As noted by the Federal Court of Appeal in *Alberta v. Canada*, 2018 FCA 83 [cited above], at paragraph 45, the four *Hennelly* questions are not an extensive list of questions or factors that may be relevant in any given case, and the failure to give a positive response to one of the four questions is not necessarily determinative. Nevertheless, the questions are helpful to determine whether the granting of an extension is in the interest of justice, because the overriding consideration or the real test is ultimately that justice be done between the parties.

[22] The Applicants' Motion Record does not contain any argument pertaining to rule 8. There is also no argument as to whether or how the Court should exercise its discretion to extend the time in this case, only a humble request that the Court revoke the deemed abandonment.

[23] The Applicants' Motion Record contains no argument or written representations whatsoever on what factors the Court should consider in determining whether it should revoke the deemed discontinuance that operated through and as a result of the Court's Deemed Discontinuance Practice.

III. Revoking a Deemed Discontinuance

[24] The Deemed Discontinuance Practice was published on December 6, 2022, and reads as follows:

As of the date of this Notice, applications pursuant to the *Immigration and Refugee Protection Act* that remain unperfected following the expiry of the timelines in Rule 10 shall be deemed to have been discontinued by the Applicant, pursuant to Rule 165 of the *Federal Courts Rules*, without the need for formal notice by the Applicant or a Court Order. The Registry will provide notice to the parties by way of a recorded entry in the online docket on the Court website (Court Files).

et 4) il existe une explication raisonnable justifiant le délai pour toute la période de délai relativement à la prorogation demandée. Comme l'a noté la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Alberta c. Canada*, précité, au paragraphe 45, les quatre facteurs énoncés dans l'arrêt *Hennelly* ne constituent pas une liste exhaustive des questions ou des facteurs pouvant être pertinents dans une affaire donnée, et l'impossibilité de donner une réponse positive à l'une des quatre questions n'est pas nécessairement déterminante. Quoi qu'il en soit, les questions sont utiles pour déterminer si l'octroi d'une prorogation est dans l'intérêt de la justice parce que la considération primordiale ou le véritable critère est, en fin de compte, que la justice soit rendue entre les parties.

[22] Le dossier de requête des demandeurs ne contient aucun argument se rapportant à la règle 8 des Règles. Il n'y a également aucun argument pour montrer que la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire ou de quelle façon elle devrait le faire pour proroger le délai en l'espèce, seule une humble demande que la Cour révoque le désistement réputé.

[23] Le dossier de requête des demandeurs ne contient aucun argument ou observation quelconque sur les facteurs dont la Cour devrait tenir compte pour déterminer si elle devrait révoquer le désistement réputé découlant de la pratique du désistement réputé de la Cour.

III. Révocation du désistement réputé

[24] La pratique du désistement réputé a été publiée le 6 décembre 2022, et était rédigée ainsi :

À compter de la date du présent avis, dans les demandes en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* qui demeurent non complétées après l'expiration des délais prévus à la règle 10, le demandeur sera réputé s'être désisté de la demande conformément à la règle 165 des *Règles des Cours fédérales*, sans qu'il [...] soit nécessaire que le demandeur donne un avis officiel ou que la Cour rende une ordonnance. Le greffe avisera les parties par le biais d'une inscription enregistrée dans le plumeau en ligne sur le site Web de la Cour (Dossiers de la Cour).

If, pursuant to the new administrative practice described above, a proceeding is deemed to be discontinued in a file for which the Applicant intended to file a motion for an extension of time to perfect their record, a motion to revoke the deemed discontinuance, reopen the proceeding, and obtain an extension of time may instead be filed for consideration by the Court. [Emphasis added.]

[25] A defining feature of the Deemed Discontinuance Practice is that it signals that litigants who have failed to perfect their ALJR within the time set out in the FCCIRPR will be deemed to have discontinued their proceeding pursuant to rule 165 of the Rules. This is a quicker process than that set out by rule 14 of the FCCIRPR that provides that the Court may decide the ALJR after the expiry of the time for an applicant to perfect despite that no Application Record has been filed, and, as we will see, theoretically permits an applicant to commence their proceeding afresh despite the deemed discontinuance. Rule 165 of the Rules reads as follows:

Discontinuances

165 A party may discontinue all or part of a proceeding by serving and filing a notice of discontinuance.

[26] A discussion with respect to revoking a discontinuance, deemed or otherwise, must consider the meaning and effect of the discontinuance of a proceeding. The leading case on this issue is *Philipos v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 79, [2016] 4 F.C.R. 268 (*Philipos*).

[27] In *Philipos*, the Federal Court of Appeal was concerned with a motion by which Mr. Philipos sought to resurrect and continue an appeal that he had discontinued through his lawyers. Stratas J.A.'s reasons in dismissing the motion are instructive as to the conceptual basis and the effects of a discontinuance and how those affect the manner in which Courts should approach motions by a discontinuing party to be relieved of its effects.

Si, conformément à la nouvelle pratique administrative décrite ci-dessus, une instance est considérée avoir fait l'objet d'un désistement dans un dossier pour lequel le demandeur avait l'intention de déposer une requête en prolongation de délai pour mettre son dossier en état, une requête en révocation du désistement réputé, en réouverture de l'instance et en prolongation de délai peut être déposée pour examen par la Cour. [No. souligné dans l'original.]

[25] Une caractéristique déterminante de la pratique du désistement réputé est le fait qu'elle signale que les plaideurs qui ont omis de mettre en état leur DACJ dans les délais prévus par les RCFCIPR seront réputés s'être désistés de leur instance conformément à la règle 165 des Règles. Il s'agit d'un processus plus rapide que celui énoncé à la règle 14 des RCFCIPR, laquelle prévoit que la Cour peut trancher la DACJ après l'expiration du délai de mise en état de la demande par le demandeur malgré le fait qu'aucun dossier de demande n'ait été produit et, comme nous le verrons, qui permet en théorie à un demandeur d'entreprendre son instance à nouveau malgré le désistement réputé. La règle 165 des Règles est libellée ainsi :

Désistement

165 Une partie peut se désister, en tout ou en partie, de l'instance en signifiant et en déposant un avis de désistement.

[26] Toute discussion concernant la révocation d'un désistement, réputé ou autre, doit tenir compte du sens et de l'effet du désistement d'une instance. L'affaire principale à ce sujet est *Philipos c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 79, [2016] 4 R.C.F. 268 (*Philipos*).

[27] Dans l'arrêt *Philipos*, la Cour d'appel fédérale était saisie d'une requête par laquelle M. Philipos souhaitait faire revivre et poursuivre l'appel dont il s'était désisté par l'intermédiaire de ses avocats. Les motifs du juge Stratas pour rejeter la requête sont instructifs quant au fondement conceptuel et aux effets d'un désistement et à leur incidence sur la façon dont les tribunaux devraient examiner les requêtes présentées par des parties qui se sont désistées pour échapper aux effets du désistement.

[28] A discontinuance pursuant to rule 165 of the Rules is a unilateral act done without any other parties' consent or leave from the Court, and operates to close the Court file in the proceeding (*Philipos*, at paragraph 8). The service and filing of a Notice of Discontinuance by a litigant tells the other parties to the proceeding that the litigation will not be pursued; it signifies the formal end of the proceeding. As stated by Stratas J.A., "discontinuances are not suspensions but rather terminations with consequences" (*Philipos*, at paragraph 16). As the proceeding is at an end, the party against whom the action, application or appeal has been discontinued is entitled to its costs payable forthwith by the discontinuing party unless the Court has ordered otherwise or the parties have agreed otherwise (rule 402).

[29] The Rules do not explicitly provide for the revocation of a discontinuance and the continuation of the proceeding that had been discontinued. As Stratas J.A. notes, however, by providing for a discontinuance pursuant to rule 165, the Rules impliedly permit a party to resurrect its discontinued proceeding. Because a discontinuance is theoretically different from a dismissal in that there is no determination of the merits of the dispute that was the subject of the proceeding, it does not operate to give rise to *res judicata* or other bars against relitigation (*Philipos*, at paragraph 13). Theoretically, and subject to reasons such as the expiry of limitation periods and other bars to litigation arising by the passage of time and conduct, the discontinued litigant can commence proceedings afresh on the basis of the same material facts as those set out in the proceeding they discontinued (*Philipos*, at paragraphs 13 and 15). The principles articulated in *Philipos* at some length with respect to the circumstances in which the Court might reopen a proceeding after a discontinuance was filed were summarized by Justice Mosley in *Naboulsi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 916, at paragraphs 17 to 20, and by Justice Zinn in *Adegbite v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2022 FC 145 (CanLII) [at paragraph 7] as follows:

[28] Le désistement en vertu de la règle 165 des Règles est un acte unilatéral effectué sans consentement d'aucune autre partie ni autorisation de la Cour, et a pour effet de fermer le dossier de la Cour dans l'instance (*Philipos*, au paragraphe 8). La signification et la production d'un avis de désistement par un plaideur avisent l'autre partie à l'instance que le litige ne sera pas poursuivi; l'avis signale la fin officielle de l'instance. Comme l'affirme le juge Stratas, « un désistement n'est pas une suspension, mais plutôt une mesure mettant fin à une instance et portant à conséquence » (*Philipos*, au paragraphe 16). Puisque l'instance est terminée, la partie contre qui l'action, la demande ou l'appel est discontinué a droit à ses dépens payables immédiatement par la partie qui se désiste, à moins que la Cour n'ait ordonné autrement ou que les parties se soient entendues autrement (règle 402 des Règles).

[29] Les Règles ne prévoient pas expressément la révocation des désistements et la réouverture des instances ainsi abandonnées. Comme le mentionne le juge Stratas, en prévoyant le désistement conformément à la règle 165 des Règles, celles-ci autorisent implicitement une partie à faire revivre l'instance dont elle s'était désistée. Puisque, en théorie, le désistement se distingue du rejet en ce sens qu'il n'y a pas de décision sur le fond du litige qui faisait l'objet de l'instance, il n'a pas pour effet de donner ouverture au principe de la chose jugée ou autre obstacle à la remise en cause (*Philipos*, au paragraphe 13). En théorie, et sous réserve de motifs tels que l'expiration des délais et autres obstacles au litige découlant du passage du temps et de la conduite, le plaideur qui s'est désisté peut entreprendre une instance de nouveau en s'appuyant sur les mêmes faits pertinents que ceux de l'instance dont il s'était désisté (*Philipos*, aux paragraphes 13 et 15). Le juge Mosley dans la décision *Naboulsi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 916, aux paragraphes 17–20, et le juge Zinn dans la décision *Adegbite c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2022 CF 145 (CanLII) [au paragraphe 7], résument les principes articulés dans l'arrêt *Philipos* en détail quant aux circonstances dans lesquelles la Cour pourrait rouvrir une instance après le dépôt d'un désistement :

First, a file can only be resurrected in the case of “some fundamental event that strikes at the root of the decision to discontinue.” As an example, Justice Stratas referenced “repudiation of a settlement agreement that required a proceeding to be discontinued”: *Philipos*, above, para 20.

Second, the discontinued proceedings must have some reasonable prospect of success: *Philipos*, above, para 21.

Third, the Court must consider the prejudice that may result if the proceeding is resurrected. Justice Stratas provides as examples a party taking significant steps relying on the discontinuance, the destruction of files, the cessation of evidence collection, and the disappearance of witnesses. Other forms of prejudice may warrant refusing to resurrect a proceeding: *Philipos*, above, para 22.

Finally, Justice Stratas noted that other considerations may warrant refusing to resurrect a proceeding. This would include the Courts’ power to manage practices and procedures, police the conduct of proceedings, and prevent abuses of process: *Philipos*, above, para 23.

[30] In *Sherwood v. Cinnabar Brown Holdings Ltd.*, 2021 BCCA 88 (CanLII) (*Sherwood*), at paragraphs 9 to 17, Fenlon J.A. considered the *Philipos* decision in the context of a motion to set aside a notice of discontinuance that had been filed by the appellant’s lawyer after having concluded that their prospects of success on appeal were low. The motion was brought to set aside the notice of discontinuance because the new lawyers for the appellant were more confident than their predecessors that the appeal might have some chance of success. In her reasons, Fenlon J.A. wrote as follows [at paragraphs 11–15]:

In *Philipos*, Justice Stratas described such circumstances in general terms as “events that strike at the root of the decision to abandon the appeal.” Such events include, for example:

Premièrement, « [s]eul un événement d’une importance fondamentale qui touche à l’essence de la décision de mettre fin à la procédure » peut justifier la réouverture d’un dossier. À titre d’exemple, le juge Stratas a mentionné « la répudiation d’un règlement amiable qui nécessitait qu’une procédure fasse l’objet d’un désistement » : *Philipos*, précité, au paragraphe 20.

Deuxièmement, « la procédure a des chances raisonnables d’avoir gain de cause » : *Philipos*, précité, au paragraphe 21.

Troisièmement, la Cour doit tenir compte du préjudice que pourrait causer la réouverture d’une affaire ayant fait l’objet d’un désistement. À titre d’exemple, le juge Stratas mentionne qu’une partie pourrait avoir pris d’importantes mesures par suite d’un désistement et subir un préjudice important en raison de la destruction de certains dossiers, du fait d’avoir cessé de recueillir des éléments de preuve ou de la disparition de certains témoins. « D’autres types de préjudice peuvent conduire la Cour à exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser de faire renaître une procédure ayant fait l’objet d’un désistement » : *Philipos*, précité, au paragraphe 22.

Enfin, le juge Stratas a souligné que d’autres considérations pouvaient justifier le refus de rouvrir une affaire. Il s’agit notamment du fait que « [l]es cours fédérales ont plein pouvoir de gérer leurs pratiques et leurs procédures, de surveiller le déroulement des procédures et de prévenir les abus de procédure » *Philipos*, précité, au paragraphe 23.

[30] Dans l’arrêt *Sherwood v. Cinnabar Brown Holdings Ltd.*, 2021 BCCA 88 (CanLII) (*Sherwood*), aux paragraphes 9–17, la juge Fenlon a tenu compte de l’arrêt *Philipos* dans le contexte d’une requête pour obtenir l’annulation de l’avis de désistement qui avait été déposé par l’avocat du demandeur après avoir conclu que la possibilité qu’il ait gain de cause en appel était faible. La requête a été présentée afin de faire annuler l’avis de désistement parce que les nouveaux avocats de l’appelante étaient plus convaincus que leur prédécesseur que l’appel puisse être accueilli. Dans ses motifs, la juge Fenlon déclare ce qui suit [aux paragraphes 11–15] :

[TRADUCTION] Dans l’arrêt *Philipos*, le juge Stratas décrit pareilles circonstances en des termes généraux comme étant « [...] un événement [...] qui touche à l’essence de la décision de mettre fin à la procédure [...] », notamment :

- Situations in which a party discontinues the wrong action or appeal;
- The lawyer misapprehended the client's instructions;
- The abandonment was procured by fraud;
- The party abandoning did not have mental capacity to take the step; and
- The abandonment was filed as part of a settlement that required that step, but, subsequently, the other party repudiated the settlement.

Philipos at paras. 20–21; *Neis v. Yancey*, 1999 ABCA 272 at para. 27.

In short, there must be inadvertence, mistake, or misapprehension before this Court should exercise its discretion to set aside a notice of abandonment. **Strategic decisions to abandon an appeal to save costs or because of the view held about the likelihood of success do not amount to exceptional circumstances—they are, to the contrary, the ordinary reasons appeals are abandoned.** As Justice Esson concluded in *Adam and Adam v. Insurance Corporation of British Columbia et al.* (1985), 1985 CanLII 584 (BC CA), 66 B.C.L.R. 164 at 171 (C.A.), after reviewing authorities to determine the basis upon which the discretionary power to set aside a notice of discontinuance of an action should be exercised:

... it is my view that where, as here, the grounds are simply a change of heart, based on some greater consideration of the law or the facts, as to the possibility of success, that is not enough.

The next factor to be considered is the prejudice to the parties should the abandonment be set aside. Prejudice may include steps taken by the parties in reliance on the abandonment—such as carrying out obligations under a trial judgment after the appeal from that judgment has been discontinued: *Warford* at para. 7. It may also result from the destruction of evidence or the disappearance of a witness: *Williams v. The Personal Insurance Company of Canada*, 2004 NSSC 73 at paras. 15–20.

The third factor is the merit of the appeal that the appellant seeks to resurrect, for if there is no merit to the proposed appeal, there is no point in reviving it.

- lorsque la partie se désiste de la mauvaise action ou du mauvais appel;
- lorsque l'avocat a mal compris les instructions de son client;
- lorsque le désistement a été déposé frauduleusement;
- lorsque la partie qui se désiste n'avait pas la capacité mentale de prendre cette mesure;
- lorsque le désistement a été déposé dans le cadre d'un règlement qui exigeait cette étape, mais que, par la suite, l'autre partie a répudié le règlement.

Philipos, aux para 20, 21; *Neis v Yancey*, 1999 ABCA 272, au para 27.

Bref, la Cour n'exercera son pouvoir discrétionnaire d'annuler un avis de désistement que ce dernier a été déposé par inadvertance, par erreur ou en raison d'un malentendu. **Les décisions stratégiques de se désister d'un appel pour échapper aux dépens ou pour tenir compte des chances d'avoir gain de cause ne constituent pas des circonstances exceptionnelles; au contraire, ce sont en fait des raisons courantes pour se désister d'un appel.** Comme l'a conclu le juge Esson dans *Adam et Adam c Insurance Corporation of British Columbia et al* (1985), 1985 CanLII 584 (BCCA), 66 BCLR 164 à la p 171 (CA), à la lecture de la jurisprudence visant à déterminer le fondement sur lequel le pouvoir discrétionnaire d'annuler un avis de désistement d'une action devait s'exercer :

[...] je suis d'avis que si, comme en l'espèce, les motifs ne sont qu'un simple changement d'idée fondé sur une plus grande considération du droit ou des faits quant à la possibilité d'obtenir gain de cause, cela ne suffit pas.

Le facteur suivant à examiner est le préjudice pour les parties si le désistement est annulé. Le préjudice peut inclure les mesures prises par les parties en s'appuyant sur le désistement, comme l'exécution d'obligations en vertu du jugement d'un procès après l'abandon de l'appel de ce jugement : *Warford*, au para 7. Il peut également découler de la destruction de preuves ou de la disparition d'un témoin : *Williams c The Personal Insurance Company of Canada*, 2004 NSSC 73, aux para 15-20.

Le troisième facteur est le bien-fondé de l'appel que l'appellant tente de faire revivre, car si l'appel proposé n'est pas fondé, il n'y a pas de raison de le faire revivre.

The ultimate question is whether it is in the interests of justice to set aside the abandonment, a question which subsumes the other considerations. [The emphasis is mine.]

[31] *Philipos* and the decisions that follow it are concerned with a voluntary discontinuance having been filed by the prosecuting party. Because a Notice of Discontinuance requires a party to take a voluntary and positive act to prepare, serve and file, the litigant must be taken to have considered how and whether to prosecute their proceeding prior to causing its end. This voluntary aspect of a discontinuance and its correlative statement of litigation intent justifies the Court applying a strict test before determining that the party's declaration of conclusion and finality set out in the Notice of Discontinuance should be revoked. Statas J.A.'s reasons underscore why the revocation of an intentional discontinuance should only occur in exceptional circumstances. Those exceptional circumstances must be, as repeated by Fenlon J.A. in *Sherwood*, "[a] fundamental event that strikes at the root of the decision to discontinue... Examples include the procurement of [a] discontinuance by fraud, mental incapacity of the party at the time of [the] discontinuance, or repudiation of a settlement agreement that required a proceeding to be discontinued" (*Philipos*, at paragraph 20).

[32] The threshold for revocation of a voluntary discontinuance, then, is the existence of an exceptional circumstance, the existence of a fundamental event that causes the reversal of the decision to discontinue.

[33] A deemed discontinuance as set out in the Deemed Discontinuance Practice operates a discontinuance and triggers the same effects as a voluntary discontinuance before there is any evidence that the discontinuing litigant took the considered and voluntary decision to end their proceeding by delivering a Notice of Discontinuance. The deemed discontinuance applies because of the litigant's failure to perfect their ALJR in a timely manner. Failing to perfect an ALJR in a timely manner may be intentional in some circumstances or unintentional in other circumstances. Knowing whether the

La question finale est de savoir s'il est dans l'intérêt de la justice d'annuler le désistement, une question qui englobe les autres considérations. [No. souligné et non gras dans l'original.]

[31] L'arrêt *Philipos* et les décisions et arrêts qui l'ont suivi portent sur le désistement volontaire déposé par la partie qui poursuit. Puisqu'un avis de désistement exige qu'une partie fasse un geste volontaire et positif pour le préparer, le signifier et le déposer, il faut présumer que cette partie a tenu compte de la façon et des raisons d'intenter l'instance et avant d'y mettre fin. Cet aspect volontaire du désistement et l'acte introductif d'instance corrélatif justifient que la Cour applique un critère rigoureux avant de conclure qu'il y a lieu de révoquer la conclusion et la finalité demandée par la partie dans son avis de désistement. Les motifs du juge Stratas soulignent les raisons pour lesquelles la révocation d'un désistement intentionnel ne devrait survenir que dans des circonstances exceptionnelles. Celles-ci doivent être, comme le reprend la juge Fenlon dans l'arrêt *Sherwood*, « un événement d'une importance fondamentale qui touche à l'essence de la décision de mettre fin à la procédure [...] notamment l'obtention d'un désistement par la fraude ou en raison de l'incapacité mentale de la partie concernée au moment du désistement, ou la répudiation d'un règlement amiable qui nécessitait qu'une procédure fasse l'objet d'un désistement » (*Philipos*, au paragraphe 20).

[32] Le seuil de la révocation d'un désistement volontaire est donc l'existence d'une circonstance exceptionnelle, l'existence d'un événement d'importance fondamentale qui suscite la volonté de revenir sur la décision de se désister.

[33] Un désistement réputé comme l'établit la pratique du désistement réputé entraîne le désistement et les mêmes effets qu'un désistement volontaire avant toute preuve que le plaideur a pris la décision réfléchie et volontaire de mettre fin à sa procédure en signifiant un avis de désistement. Le désistement réputé s'applique en raison du défaut du plaideur à mettre en état sa DACJ en temps opportun. Le défaut de mettre en état la DACJ en temps opportun peut être intentionnel dans certains cas ou non intentionnel dans d'autres. Pour savoir si le désistement réputé a eu lieu en raison d'une intention de

deemed discontinuance occurred because of an intent to discontinue or because of lack of intent to discontinue can only be determined by considering the evidence filed to revoke the deemed discontinuance.

[34] It follows that our Courts' decisions pertaining to the threshold to apply to relieve a party from its voluntary and intentional discontinuances pursuant to rule 165—the existence of exceptional circumstances, of a fundamental event affecting the decision to end the proceeding—must be considered and reformulated to take into account that a party's inaction has been substituted for its clear statement of an intent to discontinue.

[35] In my view, and subject to what follows later in these reasons, a party should only be relieved from the effects of a deemed discontinuance triggered by the litigant's inaction and the Deemed Discontinuance Practice in circumstances where they can establish that their inaction and failure to perfect their ALJR in a timely manner is the result of exceptional circumstances or fundamental event that affected their ability to perfect their ALJR when required notwithstanding that they were otherwise diligently taking the necessary steps to perfect their ALJR in time. Examples of such an exceptional circumstance or fundamental event would be the existence of a *bona fide* mistake or misapprehension that is separate and distinct from ignorance of the law, inadvertence or potential solicitor negligence. Applying this threshold of exceptional circumstances affecting an applicant's ability to perfect their ALJR while being otherwise diligent takes into account and reformulates the stringent test applicable to granting relief from an intentional discontinuance as stated in *Philipos*, at paragraph 20, to an unintentional discontinuance while not limiting the types of circumstances that could justify revoking the deemed discontinuance, subject to the overriding interests of justice.

se désister ou en raison d'un manque d'intention de se désister, il faut s'en remettre aux éléments de preuve présentés pour révoquer le désistement réputé.

[34] Il s'ensuit que les décisions de nos Cours portant sur le seuil à atteindre pour qu'une partie puisse échapper à son désistement volontaire et intentionnel visé à la règle 165 des Règles — l'existence de circonstances exceptionnelles ou d'un événement d'importance fondamentale touchant la décision de mettre fin aux procédures — doivent être prises en compte et reformulées de manière à tenir compte du fait que l'inaction d'une partie a supplanté la déclaration claire de son intention de se désister.

[35] À mon avis, et sous réserve de ce qui suit plus loin dans les présents motifs, une partie ne doit échapper aux effets d'un désistement réputé découlant de son inaction et de l'application de la pratique du désistement réputé que dans les circonstances où elle peut établir que son inaction et son défaut à mettre sa DACJ en état en temps opportun sont le résultat de circonstances exceptionnelles ou d'un événement d'importance fondamentale qui a nui à sa capacité à mettre sa DACJ en état au moment requis, peu importe si elle faisait par ailleurs preuve de diligence en prenant les mesures nécessaires pour mettre sa DACJ en état dans les délais. De telles circonstances exceptionnelles ou un tel événement d'importance fondamentale seraient, par exemple, l'existence d'une erreur commise de bonne foi ou un malentendu qui se distingue de l'ignorance du droit, de l'inadvertance ou de la négligence éventuelle d'un avocat. L'application de ce seuil de circonstances exceptionnelles touchant la capacité d'un demandeur à mettre en état sa DACJ tout en faisant par ailleurs preuve de diligence prend en compte et reformule le critère rigoureux à satisfaire pour accorder la réparation d'un désistement intentionnel, comme l'énonce le juge dans l'arrêt *Philipos*, au paragraphe 20, à un désistement non intentionnel sans toutefois limiter les types de circonstances qui pourraient justifier la révocation du désistement réputé, sous réserve des intérêts primordiaux de la justice.

IV. Applying the Deemed Discontinuance Practice

[36] The text of the Deemed Discontinuance Practice explains the reasons for its issue. The new administrative practice of deeming ALJRs as discontinued as a result of the passage of time past the ALJR perfection date arises in the specific context of a significant increase in the Court's ALJR caseload and a corresponding increase in unperfected ALJRs. Managing unperfected ALJRs as well as ALJR proceedings in which there are repeated requests for extensions of time divert the Court's limited administrative and judicial resources from adjudicating other proceedings in which the litigants have understood and taken to heart that ALJRs are meant to be readied, perfected and heard expeditiously. The FCCIRPR contemplate that absent extensions of time, the time from commencement to perfection of an ALJR is generally 30 days from the date of the tribunal's delivery of its written reasons to the applicant. The reality now is that the 30-day timeline is too often not complied with. Greater discipline must be brought to bear in all cases to ensure that resources are applied to adjudicate the merits of as may ALJRs as possible as expeditiously as possible.

[37] The Deemed Discontinuance Practice is one of several tools at the Court's disposal to adjust its operations and case management efforts to the times and realities it must contend with consistent with its plenary powers that allow it to regulate the integrity of its own processes, including regulating the opening and closing of its own files (*Philipos*, at paragraph 10).

[38] Keeping the foregoing in mind, and particularly considering the analysis of discontinuances and their effects in *Philipos*, I consider that the Deemed Discontinuance Practice signals to the profession that a primary question and threshold question should now be considered in the larger conceptual framework applied to requests for extensions of time as they pertain to ALJR proceedings that have exceeded the fixed timelines set out in the FCCIRPR.

IV. Application de la pratique du désistement réputé

[36] Le libellé de la pratique du désistement réputé explique les motifs de sa publication. La nouvelle pratique administrative de déclarer le désistement réputé d'une DACJ en raison du passage du délai de mise en état de la DACJ survient dans le contexte précis de la hausse importante du nombre de DACJ à traiter et de l'augmentation proportionnelle de DACJ non mises en état. La gestion des DACJ non mises en état et des DACJ où la prorogation des délais est demandée à répétition accapare les ressources administratives et judiciaires limitées et les empêche de traiter d'autres procédures où les plaideurs ont compris et pris à cœur le fait que les DACJ doivent être préparées, mises en état et entendues rapidement. Les RCFCIPR partent du principe que, indépendamment des prorogations des délais, le délai du début jusqu'à la mise en état d'une DACJ est généralement de 30 jours à compter de la date de communication des motifs écrits du tribunal au demandeur. De nos jours, la réalité est que le délai de 30 jours est trop souvent ignoré. Une plus grande discipline s'impose dans tous les cas pour s'assurer que les ressources puissent se consacrer à statuer sur le fond le plus grand nombre possible de DACJ, le plus rapidement possible.

[37] La pratique du désistement réputé est l'un des nombreux outils dont dispose la Cour pour rajuster ses activités et ses efforts de gestion des instances aux délais et aux réalités avec lesquels elle doit composer conformément à son plein pouvoir d'adopter des règles visant à préserver l'intégrité de ses propres procédures, y compris la fermeture et l'ouverture de ses dossiers (*Philipos*, au paragraphe 10).

[38] En gardant à l'esprit ce qui précède, et plus précisément en tenant compte de l'analyse des désistements et de leurs effets dans l'arrêt *Philipos*, je conclus que la pratique du désistement réputé signale à la profession qu'une question primaire et une question de seuil devraient maintenant être envisagées dans le cadre conceptuel élargi qui s'applique aux demandes de prorogation des délais qui se rapportent aux procédures de DACJ qui ont dépassé les délais établis dans les RCFCIPR.

[39] *Philipos* and *Sherwood* each hold that the test for the revocation of a discontinuance includes at least four considerations. Only the first consideration, the existence of exceptional circumstances justifying the revocation of the discontinuance, applies particularly to the discontinuance itself. The remaining considerations of whether prejudice arises to the parties should the discontinuance be set aside, whether the underlying application has a reasonable prospect of success, and the interests of justice are considerations already forming the core of the four *Hennelly* questions. These additional questions are treated in a single framework in *Philipos* because the court did not consider the revocation of a discontinuance and an extension of time as being two separate steps that might have some overlapping considerations. The Deemed Discontinuance Practice does. Also, the Federal Court of Appeal considered that a revocation could be justified when the application had a reasonable prospect of success, arguably a higher threshold than that required by the *Hennelly* questions.

[40] In my view, it is appropriate to recognize that there should be two steps involved in applying the Deemed Discontinuance Practice notwithstanding that there are overlapping considerations in their application. The first step is whether the deemed discontinuance should be revoked. This threshold inquiry is not an inquiry into the justification for delay or whether the underlying application has a reasonable prospect of success, but a proper examination of what affected the ability of the applicant to perfect their ALJR in time. The second step is whether an extension of time should be granted to perfect the ALJR. This inquiry explicitly captures some of the *Philipos* and *Sherwood* factors while giving effect to the Court's long-standing requirement that a party justify their request for an extension of time. Separating the two steps provides a conceptual framework that recognizes that each test should be weighted individually.

[41] The result is two-step ALJR-specific conceptual framework that imposes greater discipline and respect for the time set out in the FCCIRPR.

[39] Les arrêts *Philipos* et *Sherwood* indiquent que le critère pour révoquer un désistement inclut au moins quatre points à considérer. Seul le premier point, l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant la révocation du désistement, s'applique précisément au désistement lui-même. Les autres facteurs, à savoir le préjudice que subiraient les parties si le désistement était révoqué; la possibilité que la demande sur le fond soit accueillie; et les intérêts de la justice sont des points à considérer qui constituent déjà la base des quatre questions avancées dans l'arrêt *Hennelly*. Dans l'arrêt *Philipos*, la Cour traite ces questions supplémentaires d'une seule traite, car elle n'a pas envisagé la révocation d'un désistement et la prorogation des délais comme deux étapes distinctes dont les considérations pourraient se recouper. La pratique du désistement réputé fait cette distinction. De plus, la Cour d'appel fédérale a conclu qu'une révocation pouvait être justifiée lorsque la demande avait une possibilité raisonnable d'être accueillie, un seuil sans doute plus élevé que celui requis par les questions de l'arrêt *Hennelly*.

[40] À mon avis, il y a lieu de reconnaître qu'il devrait y avoir deux étapes pour l'application de la pratique du désistement réputé, même malgré les considérations qui se recoupent dans leur application. La première étape est celle de savoir si le désistement réputé devrait être révoqué. Cette analyse du seuil n'est non pas une analyse de la justification du retard ou de la possibilité que la demande au fond soit accueillie, mais bien un examen approprié de ce qui a nui à la capacité du demandeur à mettre sa DACJ en état à temps. La deuxième étape consiste à savoir s'il y a lieu d'accorder la prorogation du délai pour mettre la DACJ en état. Une telle analyse couvre de manière précise certains des facteurs exposés dans les arrêts *Philipos* et *Sherwood* tout en donnant effet à l'exigence de longue date de la Cour voulant qu'une partie justifie sa demande de prorogation. Le fait de séparer les deux étapes offre un cadre conceptuel qui reconnaît que chaque critère doit être pondéré individuellement.

[41] Il en résulte un cadre conceptuel à deux étapes propres aux DACJ qui impose une plus grande discipline et un plus grand respect des délais établis dans les RCFCIPR.

[42] Considered in this manner the steps and questions to be considered on a motion to revoke a deemed discontinuance, to reopen the proceeding and obtain an extension of time pursuant to the Deemed Discontinuance Practice should be as follows:

1. Step 1: is there evidence in the Motion Record that the ALJR was not perfected in accordance with and within the time set out in rule 10 of the FCCIRPR or an Order of the Court because of exceptional circumstances or of a fundamental event that affected the applicant's ability to perfect their ALJR in a timely manner despite acting diligently? If Step 1 is satisfied, Step 2 can be considered. If Step 1 is not satisfied, then there is no need consider Step 2.
2. Step 2: is there evidence in the Motion Record to satisfy the test for an extension of time?

[43] For each of these steps I would add the following observation. Bald statements in evidence are insufficient to address any of the questions at issue in the applicable steps and tests. The moving party cannot rest with merely telling the Court what happened; it must show what happened.

V. Applying the Test on this Motion

[44] The Applicants appear to have relied on their solicitor of record without any follow up with him in April 2022 to determine whether an extension of time to perfect their ALJR had been sought, granted or refused. This is not a case where the axiom that litigants ought not to be punished for the inadvertence or faults of their solicitors applies (*Barrette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 121, 1976 CanLII 180). Solicitor inadvertence, negligence, error or fault in the face of their client's diligence and effort to ensure that timelines are met is a different situation than is before the Court here. There is no evidence of diligence by the Applicants after having been informed by their solicitors that an extension of time to

[42] Envisagées de cette manière, les étapes et les questions à examiner lors de la présentation d'une requête en révocation d'un désistement réputé, pour rouvrir l'instance et obtenir une prorogation du délai conformément à la pratique du désistement réputé sont les suivantes :

1. Étape 1 : Le dossier de requête contient-il des éléments de preuve qui indiquent que des circonstances exceptionnelles ou un événement d'importance fondamentale ont empêché le demandeur de mettre sa DACJ en état en temps opportun conformément à la règle 10 des RCFCIPR ou à une ordonnance de la Cour, et dans les délais qui y sont prévus, et ce, bien qu'il ait fait preuve de diligence? Si l'étape 1 est franchie, on peut passer à l'étape 2. Par contre, si l'étape 1 n'est pas franchie, il n'est pas nécessaire de passer à l'étape 2.
2. Étape 2 : Y a-t-il des éléments de preuve dans le dossier de requête pour satisfaire au critère de la prorogation des délais?

[43] Pour chacune de ces étapes, j'ajouterais l'observation suivante. De simples affirmations en preuve ne suffisent pas à répondre aux questions en litige dans les étapes et les critères pertinents. Le requérant ne peut se contenter de simplement raconter à la Cour ce qui s'est produit : il doit démontrer ce qui s'est produit.

V. Application du critère à la présente requête

[44] Il semble que les demandeurs se soient fiés à leur avocat inscrit au dossier sans donner suite auprès de ce dernier en avril 2022 pour déterminer si la prorogation du délai pour mettre leur DACJ en état avait été demandée, accordée ou refusée. Il ne s'agit pas d'une affaire où l'axiome selon lequel il ne faut pas punir une partie pour l'inadvertance ou la faute de son avocat s'applique (*Barrette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 121, 1976 CanLII 180). L'inadvertance, la négligence, l'erreur ou la faute de l'avocat, malgré la diligence de son client et de l'effort de celui-ci à s'assurer que les délais sont respectés, est une situation qui diffère de celle dont la Cour est saisie en l'espèce. Il n'y a aucune preuve de diligence

perfect their ALJR would be required. In addition, there is no evidence at all of any communications between the Applicants and their solicitor of record over the more than 7 months that passed after the represented ALJR perfection date to determine whether the proceeding was advancing or not. An interested and diligent client would be more vigilant and seek to be more informed about the fate of their proceeding even if the client may face communications issues with their solicitor.

[45] Considering the absence of the Applicants' diligence prior to their ALJR perfection date, there is no requirement to consider whether the combined effects of a paralegal's miscalculation of the time to perfect, a solicitor's reliance thereon, and/or solicitor's failure to act after being informed by the Registry that action was required to cure an attempted and refused filing, taken together, constitute an exceptional circumstance or fundamental event that affected the Applicants' ability to perfect their ALJR in a timely manner. If I am incorrect in this regard, that our Court has had a protocol in place since March 7, 2014, setting out the procedure to be followed when an applicant alleges incompetence, negligence, or other conduct against his or her former legal counsel or other authorized representative, within the context of an ALJR underscores how unfortunately unexceptional a circumstance potential solicitor incompetence and negligence has become. The first step of the test is not satisfied in this case. There is no reason to revoke the deemed discontinuance.

[46] Finally, and if I am incorrect in my application of the test at the first step of the analysis, no evidence has been led to address the *Hennelly* factors more generally or to explain each period of the lengthy delay between the perfection date of April 8, 2022, and the date of the motion before me. There is no basis for an extension of time.

[47] Considering the whole of the evidence before me, I conclude that this motion should be dismissed.

de la part des demandeurs après que leur avocat les a avisés qu'une prorogation du délai serait nécessaire pour mettre leur DACJ en état. D'ailleurs, il n'y a aucune preuve de quelque communication que ce soit entre les demandeurs et leur avocat inscrit au dossier au cours des sept mois et plus qui se sont écoulés après la date de mise en état de leur DACJ au sujet de l'état d'avancement de l'instance. Un client intéressé et diligent serait plus vigilant et chercherait à se renseigner sur le sort de son instance, même s'il doit faire face à des problèmes de communication avec son avocat.

[45] Compte tenu du manque de diligence des demandeurs avant la date de mise en état de leur DACJ, il n'est pas nécessaire de déterminer si l'effet combiné du mauvais calcul du délai de mise en état par le conseiller parajuridique, du fait que l'avocat s'y est fié et du défaut de l'avocat d'agir après avoir été informé par le greffe que des mesures devaient être prises pour corriger un dépôt non conforme et refusé constitue un cas exceptionnel ou un événement d'importance fondamentale qui a nui à la capacité des demandeurs à mettre leur DACJ en état en temps opportun. Si je ne m'abuse, le fait que notre Cour a mis en place un protocole depuis le 7 mars 2014 qui établit la procédure à suivre lorsqu'un demandeur allègue l'incompétence, la négligence ou autre inconduite de son ancien avocat ou autre représentant autorisé, dans le contexte d'une DACJ, montre à quel point l'incompétence et la négligence potentielles d'un avocat ne sont malheureusement plus des circonstances exceptionnelles. La première étape du critère n'est pas franchie en l'espèce. Il n'y a aucune raison de révoquer le désistement réputé.

[46] Enfin, et advenant même une erreur de ma part dans la façon d'appliquer le critère à la première étape de l'analyse, aucune preuve n'a été présentée pour traiter des facteurs de l'arrêt *Hennelly* de façon plus générale ou pour expliquer chaque période de longs retards entre la date de mise en état du 8 avril 2022 et la date de la requête dont je suis saisi. Il n'existe aucun fondement pour proroger le délai.

[47] Compte tenu de l'ensemble de la preuve qui m'a été présentée, je conclus que la présente requête doit être rejetée.

ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. The Applicants' motion for the revocation of the deemed discontinuance of their application is dismissed.

ORDONNANCE

LA COUR REND L'ORDONNANCE qui suit :

1. La requête des demandeurs en révocation du désistement réputé de leur demande est rejetée.

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.**

Editor's note: These digests were originally published in the 2022 volume year. They are being republished here in an effort to maintain historical accuracy by publishing digests and decisions from a given year in the volume for that year.

ARMED FORCES

Judicial review of two decisions by Canadian Forces reviewing authority determining applicants not entitled to elect court martial — Applicants charged with offences under *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5 (Act), s. 129 for inappropriate comments to civilian staff members, candidates on Operations Room Officer course — Prior to, during their respective summary trials, applicants requesting option to elect trial by court martial — Presiding officers at summary trials refusing applicants' request for court martial — Stating, *inter alia*, that charges received under s. 129 minor in nature, falling within definition of "deportment", therefore not requiring election to be tried by court martial — Applicants found guilty following their summary trial — Reviewing authority upholding presiding officers' refusals to permit applicants to elect trial by court martial, stating that deportment sufficiently minor in nature so as to not warrant greater powers of punishment than permitted under *Queen's Regulations and Orders* (QR&O), art. 108.17 — Common issue relating to interpretation of QR&O, art. 108.17(1) (a) — Art.108.17 repealed after decisions under review rendered — Reviewing authority in docket T-1244-22 affirmed that applicant not obliged to be offered court martial because matter relating to "deportment", suggesting that term read disjunctively whereas reviewing authority in docket T-1953-22 affirmed it was because matter related to "dress and deportment" — Reviewing officer in T-1953-22 appears to have been of view that term "dress and deportment" (emphasis added) to be read conjunctively — Decision makers in cases herein not arriving at their interpretation using modern principle of statutory interpretation — Both interpretations of phrase "dress and deportment" in art. 108.17(1)(a) failing to examine words within phrase or within entirety of Act, s. 129 — No analysis provided of purpose of art. 108.17(1)(a) — Interpretations lacking intelligibility, justification, transparency — Pursuant to s. 129, right to elect trial by court martial for conduct to prejudice of good order, discipline withheld "only where the offence relates to military training, maintenance of personal equipment, quarters or work space, or dress and deportment" — When legislation enumerating series of factors, principle of *ejusdem generis* suggesting that these factors representing same kind or class of factor — In this case, nature of specific circumstance of impugned misconduct captured under s. 129 — Based on limitation for election for court martial, art. 108.17(1)(a) relating to s. 129 enacted for minor offences that could be dealt with efficiently, expeditiously through summary trial — Those offences non-electable for this very reason — Applying *ejusdem generis* limited class rule favouring applicants' interpretation that art. 108.17(1)(a) using expression "dress and deportment" as single term of art, as one of three enumerated categories pertaining to s. 129, in relation to two other related categories — "Dress and deportment" read conjunctively rendering phrase, properly interpreted as "deportment" pertaining to "dress", would cover such things as wearing of uniforms, cleanliness of uniform, shining of boots, or other dress related infractions — This interpretation according with other minor non-electable offences, "military training", "maintenance of personal equipment, quarters or work space" — If "dress and deportment" interpreted disjunctively, consequences of considering "deportment" alone resulting in any offence described to be related to "bearing, demeanor, or manners" being determined by summary trial only — This not in keeping with legislative intent that offences covered be minor offences — Reading of art. 108.17(1)(a) relating to s. 129 demonstrating that Governor in Council did not intend "dress and deportment" to be read disjunctively — Use of "and" demonstrating that Governor in Council alert to purpose of art. 108.17(1)(a), intended it to be read conjunctively — To reiterate, "dress and deportment" to be interpreted conjunctively so that it covers deportment pertaining to

ARMED FORCES—Concluded

uniform, such as wearing of uniforms, cleanliness of uniform — This interpretation according with other minor non-electable offences, consistent with both text, context of art. 108.17(1)(a) — Applications allowed.

NOONAN V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1244-22, T-1953-22, 2023 FC 618, Zinn J., reasons for judgment dated April 27, 2023, 23 pp.), [Originally published: [2022] 2 F.C.R. D-22].

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**STATUS IN CANADA***Convention Refugees and Persons in Need of Protection*

Related subjects: Official Languages; Administrative Law; Judges and Courts

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision dismissing applicant's claim under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 ss. 96, 97 — Applicant, family fleeing Rwanda to Belgium because of fear from Hutu extremists, Rwandan authorities — Applicant later abandoned Belgian refugee claim to return to Rwanda in exchange for job, freedom from persecution — Before his departure, applicant learning of arrest warrant against him in Rwanda — Applicant later claimed asylum in Canada — RPD finding that determinative issue was applicant's credibility — Holding that lack of documentation regarding applicant's refugee claim in Belgium undermined overall credibility, as applicant did not submit copy of his or his wife's Belgian refugee claims — Finding contradictions, implausibility regarding withdrawal of claim for asylum in Belgium, plans to return to Rwanda — RPD assigned no probative value to arrest warrant against applicant due to irregularities, namely that arrest warrant issued in French, included word "Public" on line by itself — Finally, holding that applicant's explanation on failure to seek permanent resident status in Belgium not reasonable with regard to his subjective fear of persecution in Rwanda, desire to obtain such status in Belgium through family reunification — Applicant issued notice of decision in French, language used at RPD hearing, accompanied by reasons in English — Received French translation of those reasons three months later — Whether RPD's decision reasonable — RPD erred in giving no probative value to arrest warrant based on fact arrest warrant written in French — Statement made by RPD that only English, Kinyarwanda used by public agencies in Kigali finding no support in evidence — RPD not meaningfully engaging with evidence, clearly failed to consider conflicting evidence when concluding that arrest warrant could not have been issued in French — RPD's finding on use of French language by public agencies in Rwanda directly contradicted by very evidence relied on by RPD, therefore lacking justification, transparency, intelligibility — Typographical representation (i.e. word "Public" on line by itself, followed by comma on next line) not sufficient to conclude that document fraudulent, erroneous or unreliable — This irregularity singled out by RPD nothing but minor, insufficient to reasonably refuse Rwandan arrest warrant — RPD's refusal of this document based on two unreasonable grounds undermining reasonableness of decision itself — RPD also erring in stating that applicant should have provided written statement he prepared for his refugee claim in Belgium — RPD's failure to respect applicant's language rights important additional element contributing to unreasonableness of decision — Preferable for RPD to provide its reasons in French right from start — RPD's issuance of decision in official language other than applicant's preferred official language, with no simultaneous translation, not "minor" error — As a federal tribunal, RPD bound by requirements implemented by *Official Languages Act*, R.S.C., 1985, c. 31 (Act), which states that judge or officer hearing proceeding in French must be able to understand French without assistance of interpreter — Issue in case of applicant whether obligation for federal tribunal like RPD to issue its decision in official language chosen by a litigant, when litigant does not understand other official language — Act, s. 20 not dealing with this situation — Strange to interpret Act as protecting right of litigants to understand what happens in hearings, but not right to understand decisions resulting from such hearings — Issuance by RPD of decision in language other than official language of choice of applicant calling for intervention herein as it contributes to make decision unreasonable — Administrative decision makers must be concerned with general consistency of administrative decisions — Issuance of decision in English rather than in French, without making translation simultaneously available, contrary to RPD's own usual practice — This unjustified departure from past practice raising questions of arbitrariness in decision-making process, undermining public confidence in administrative decision makers, justice system as whole — Here, RPD abdicated its responsibility to justify to applicant, in transparent, intelligible manner, basis on which it arrived to its conclusion — Proper, effective remedy to rectify unreasonableness of decision to send matter back for redetermination by new panel of RPD — Application allowed.

NAMBAZISA V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6658-22, 2023 FC 617, Gascon J., reasons for judgment dated April 27, 2023, 22 pp.), [Originally published: [2022] 2 F.C.R. D-23].

COPYRIGHT

PRACTICE

Appeal by Bell from order of Case Management Judge (CMJ) striking portions of Bell's amended statement of defence and counterclaim without leave to amend — Underlying action, first of its kind, commenced by group of film studios (Millennium Producers or plaintiffs) against Bell for alleged failure to deliver notices to potential defendants under Notice and Notice regime of *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 — Impugned paragraphs included allegations that Millennium Producers, together with their counsel Aird & Berlis LLP (AB), other AB clients, have abused Notice and Notice regime and misused their copyright (a novel defence), abused process, engaged in champerty and maintenance and unlawful means conspiracy through their use of copyright enforcement program (CEP) to enforce Notice and Notice regime — Bell also argued that if statutory damages could be awarded on “per notice” basis, such provisions contrary to *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 12 — At issue was whether CMJ erred in striking these allegations, and whether Bell should have been granted leave to amend its pleading — Allegations made by Bell in support of misuse of copyright defence raised policy concerns with application of Act, ss. 41.25, 41.26, its impact on ISPs — It was an error for CMJ to suggest that because arguments raised involved matters of policy, they could not be asserted in support of misuse of copyright defence — Also an error for CMJ to conclude that doctrine of misuse of copyright could never extend to Act, s. 41.26 action — However, facts alleged by Bell did not sufficiently set out how CEP was set up to intimidate, harass alleged infringers, claim exorbitant amounts from ISPs — Pleading did not provide sufficient foundation for what constitutes alleged improper behaviour — Bell therefore not establishing that CMJ erred in law or made palpable and overriding error in finding there were insufficient material facts to support misuse of copyright defence — With respect to allegations against AB, was noted that , subject to a few well-established exceptions , claim cannot be made against opposing party's solicitor for acting within their scope as lawyer — Actions Bell attributing to AB in managing CEP consistent with steps counsel would take in solicitor-client relationship — Such actions without more detail not providing sufficient support for assertion that AB unreasonably, unfairly and/or disproportionately shared in any profits of CEP, that AB has fostered frivolous and improper litigation, or that AB induced such activities by the plaintiffs — Where plain, obvious that cause of action, even novel one, cannot succeed, it may be properly struck — Bell not establishing that CMJ erred with respect to allegations involving AB — Turning to champerty and maintenance, it operates, achieves its purpose by rendering agreement tainted by maintenance and champerty unenforceable — Bell did not plead that it sought to nullify any form of agreement, nor did its pleading outline how any purported agreement between AB, plaintiffs is fundamentally different from contingency agreement (which is not champertous) — Bell not establishing CMJ erred in striking that allegation either — As to abuse of process and unlawful means conspiracy allegations, none of Bell's allegations purported to assert how, in advancing statutory right under Act, 41.26(3) on behalf of the Millennium Producers, action advanced illegal purpose — Alleged abusive conduct was with respect to generation of notices against alleged infringers, not Bell — Bell not pleading it suffered damage from action — Bell not establishing that CMJ erred in finding that there were no material facts alleged to establish torts of abuse of process and unlawful means conspiracy — With respect to Charter allegations, CMJ struck them out on basis corporations cannot avail themselves of protections provided under Charter — CMJ did not err in striking Charter allegations — Full nature of any constitutional challenge Bell might opt to allege, authority for doing so, not established — Finally, with respect to whether leave to amend should have been granted, Bell did not indicate how it would cure the deficiencies in its pleadings — Rather, its argument focussed on fact allegations novel, should be given leeway — This did not overcome necessity for party who needs to respond to pleading to understand foundation for allegations made — Bell knew of plaintiffs' concerns — No basis to suggest further amendment would cure defects noted — Decision to deny leave justified, CMJ not erring in that regard — Appeal dismissed.

MILLENNIUM FUNDING, INC. v. BELL CANADA (T-1062-21, 2023 FC 764, Furlanetto J., reasons for order dated May 31, 2023, 35 pp. + 8 pp.), [Originally published: [2022] 3 F.C.R. D-2].

CROWN

Related subject: RCMP

Judicial review of Minister of Public Safety and Emergency Preparedness's decision denying applicant's request for indemnification under Treasury Board's “Policy on Legal Assistance and Indemnification” (Policy) — Applicant former member of Royal Canadian Mounted Police — In 2009, RCMP received information that applicant involved in relationship with protected witness, prompting investigation — In 2019, applicant pled guilty to breach of trust, obstruction of justice — Policy providing legal assistance, indemnification for Crown servants subject to legal claims arising in relation to their employment — Applicant's first request for Legal Assistance at Public Expense (LAPE) approved in 2010 for initial consultation phase of criminal proceedings — In 2012, applicant applied for LAPE for trial phase of criminal charges — This request denied by

CROWN—Concluded

RCMP — Adjudicator refused authorization to reinstate LAPE — In 2018, applicant submitting invoices for legal services exceeding \$50,000.00 — RCMP requesting decision from Minister on further LAPE request by applicant, stating not in public interest to approve LAPE — Applicant found not to meet eligibility criteria of Policy — Main issue whether LAPE consideration process fair — Failure of RCMP to forward all materials applicant submitted, as part of trial phase LAPE application, to Minister breach of procedural fairness — Policy stating, *inter alia*, administrative decision maker responsible for “[e]nsuring timely responses to Crown servants who are requesting legal assistance or indemnification under this policy, and for ensuring that claims or threats of suits are acted upon quickly” (emphasis added) — Questions of inordinate delay engaging doctrine of abuse of process — Timeliness of response not requiring in depth consideration of whether decision “made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional and social context” — Either timely response was received, or it was not — Ensuring decision maker had full record of materials regarding LAPE application in order to make fully informed decision basic requirement to ensure fairness of decision-making process — Grievance process taking nearly five years — LAPE request took over seven years to reach appropriate decision maker, i.e. Minister — RCMP not appropriate decision maker in 2012, when trial funding LAPE application originally denied — No doubt seven-year delay in getting LAPE application before appropriate decision maker inordinate — Most prejudicial to applicant was that request not submitted to Minister for approval until after applicant pled guilty — Nowhere in Policy does it indicate that decision maker should await outcome of proceedings before making LAPE funding decision — RCMP, Minister’s reliance on applicant’s guilty plea to justify that he did not meet Policy objectives for LAPE funding procedurally unfair — Delay contrary to Policy, put applicant in legal jeopardy — Certified Tribunal Record demonstrating that some documents, such as psychological reports to understand applicant’s state of mind at the relevant time of the criminal proceedings, not forwarded to Minister — RCMP had obligation pursuant to Policy to forward to Minister all information submitted by applicant in relation to LAPE application — Failure of RCMP to forward all materials breach of procedural fairness — Decision quashed, applicant’s LAPE application remitted to Minister for redetermination — Application allowed.

BRASSINGTON V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1785-19, 2023 FC 695, McDonald J., reasons for judgment dated May 18, 2023, 28 pp.), [Originally published: [2022] 2 F.C.R. D-25].

ENVIRONMENT

Judicial review of decision (Decision) by Minister of the Environment and Climate Change (Minister) declining to revisit February 2022 decision that denied request to designate Bradford Bypass highway project (project) for federal impact assessment under *Impact Assessment Act*, S.C. 2019, c. 28, s. 1 (Act), s. 9(1) — Project 16.2 km four-lane freeway that Ontario Ministry of Transportation (proponent) proposing to build in southern Ontario — Applicants group of not-for-profit environmental organizations — Ontario conditionally approved project in 2002 following 1997 study conducted under Ontario’s *Environmental Assessment Act*, R.S.O. 1990, c. E.18 (EAA) — Conditions for approval ultimately not met, project not built — In 2020, provincial government proposed to exempt project from legislative requirements, conditions imposed by 2002 conditional approval — Environmental groups requested that Minister designate project as physical activity subject to federal impact assessment under Act, s. 9(1) — Minister refused to designate project as requested — Regulation promulgated by Ontario exempting project from requirements of Ontario’s EAA — Applicants making further request to Minister to designate project under s. 9(1) — Upon recommendation of Impact Assessment Agency of Canada, Minister issued Decision, characterized further request as request for reconsideration of initial decision — Minister declined to revisit initial decision on basis no material changes to project — Applicants asserting unreasonable for Minister to treat further request as reconsideration of initial decision that could only be addressed where there was material change or new information — Arguing that Minister imposed threshold screening test based on Agency memo, internal guide not grounded in Act, declined to form opinion on federal effects, public concern — Whether Minister erred, or fettered discretion, by applying threshold test not found in Act; whether Minister’s application of threshold test procedurally unfair; in alternative, whether Minister erred in application of threshold test — Decision not unreasonable or unlawful because of fettering of discretion — Act silent on how Minister to exercise discretion relating to handling of subsequent requests on same project, reconsideration of past decision — Policy, guidelines not law, non-binding — Administrative policy cannot cut down discretion given to decision maker — Language of Decision indicating no new decision made — However, this not suggesting that no analysis or consideration made of further request or that Minister did not form opinion on new designation request — No requirement in Act that new substantive decision required every time request made — Here, Agency conducted analysis of further request, Minister turned its mind to whether it presented material changes to warrant change to decision made before, but found that it had not — Statutory purposes of public participation, transparency not imposing obligation on Minister to formulate new opinion on whether to designate project every time subsequent request made

ENVIRONMENT—Concluded

under s. 9(1) for same project — No reviewable error on basis of procedural fairness — As Act granting Minister broad discretionary power, procedural fairness owed falling at low end of spectrum — Open for Agency, Minister to decide on procedure; within Minister's discretion to determine whether further request warranted new decision — However, Decision unreasonable as result of not meeting threshold for transparency, intelligibility, justification — Minister provided only two comments on further request — Omission of any mention or justification in decision as to how Minister handled submission on cumulative effects, why Minister did not accept this as material change to request creating fundamental gap in response — Administrative nature of decision not overcoming requirements to demonstrate that decision maker grappled with key issues raised, or to provide decision that demonstrates transparency, intelligibility, justification — Statutory objectives of encouraging public participation, transparency reinforcing that some greater explanation required — Application allowed.

FORBID ROADS OVER GREEN SPACES V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-564-22, 2023 FC 580, Furlanetto J., reasons for judgment dated April 20, 2023, 25 pp.), [Originally published: [2022] 2 F.C.R. D-26].

INCOME TAX**INCOME CALCULATION***Capital Gains and Losses*

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2021 TCC 71) determining that *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (Act), s. 40(3.6)(a) applying to deem CIBC's loss from disposition of Class B Shares of CIBC Delaware Holdings Inc. (DHI) to be nil — In 2006, appellant subscribed for shares of CIBC Delaware Holdings Inc. — In 2007, DHI redeemed shares held by appellant — Appellant reported allowable capital loss in its 2007 income tax return due to fluctuation in Canadian dollar — Minister of National Revenue denied appellant's claim for allowable capital loss — *Canada v. Bank of Montreal*, 2020 FCA 82 (*BMO*) playing dominant role in decision of T.C.C., arguments of appellant in appeal herein — Court in *BMO* deciding that Act, s. 39(2) applied to disposition of shares when loss arose by virtue of fluctuation in value of foreign currency — Loss deemed to be capital loss from disposition of foreign currency — In *BMO*, relevant stop-loss provision was Act, s. 112(3.1) — S. 40(3.6) relevant stop-loss provision in this appeal — Appellant argued that *BMO* supported its position that it had capital loss from disposition of foreign currency — In appellant's view, there was no loss from disposition of shares to which s. 40(3.6) could apply — Respondent argued that *BMO* supported its position that loss deemed nil under s. 40(3.6), therefore no loss to which provisions of s. 39(2) could apply — Even though T.C.C. opined that version of s. 39(2) in effect in 2007 did not apply to disposition of shares, T.C.C. adopted interpretation of s. 39(2) as found in *BMO* — Concluded that provisions of s. 40(3.6) applied to determine loss before application of s. 39(2) — Whether, based on decision of Court in *BMO*, s. 39(2) applying before s. 40(3.6) — T.C.C. not erring in concluding that s. 40(3.6) applying to deem applicant's loss from disposition of Class B Shares of DHI to be nil — Appellant arguing that structure it adopted similar to structure employed by Bank of Montreal in *BMO*, therefore result under Act should be same, i.e. loss realized on redemption of shares should not be deemed nil — However, stop-loss provision engaged in this appeal (s. 40(3.6)) not the same stop-loss provision engaged in *BMO* (Act, s. 112(3.1)) — Different stop-loss rules were engaged because transactions were different — No redemption of shares in *BMO* — S. 40(1) providing for determination of gain or loss, not capital gain or capital loss — Therefore, in order for another provision to expressly provide otherwise, that other provision must specify or affect amount of gain or loss, not amount of any capital gain or capital loss — As noted in *BMO*, s. 39(2) premised on assumption that amount of loss had already been determined — No formula set out in s. 39(2) that would have applied to determine amount of loss, nor did s. 39(2) deem amount of loss to be any particular amount — Tax consequences, if s. 39(2) applied, would have been determined solely on basis that net gains, losses attributable to fluctuation in value of foreign currency were deemed to be capital gain or capital loss from disposition of foreign currency — Since in *BMO* Bank of Montreal did not have loss from disposition of shares, there was no loss from disposition of shares to which s. 112(3.1) could have applied — Nothing in s. 40(3.6) requiring application of s. 39(2) before loss realized on redemption of shares deemed to be nil by s. 40(3.6) — Loss realized by appellant on redemption of shares deemed to be nil, therefore there was no loss that could have been deemed to be capital loss under s. 39(2) — Wording of ss. 40(3.6), 112(3.1) provided that, in 2007, all other provisions of Act affecting loss applied before s. 112(3.1) applied and that s. 40(3.6) applied before s. 39(2) applied — Different treatment of loss deemed nil under s. 40(3.6), loss reduced under s. 112(3.1) could explain why loss attributable to foreign currency fluctuations not subject to adjustment under s. 112(3.1) but did not alter deeming of loss nil under s. 40(3.6) — Support for argument that taxpayer's income determined under Act, Division B before taxpayer's taxable income determined under Act, Division C — However, s. 112(3.1) not providing for addition or deduction in

INCOME TAX—Concluded

computing taxable income of taxpayer — Division B, Division C not two separate self-contained parts with consequence that once income determined under Division B it is not altered by any provision of Division C — As illustrated by s. 112(3.1), it may be necessary to reapply provisions of Division B to redetermine taxpayer's income once particular provision in Division C applied — However, interpretation of phrase “the loss determined without reference to this subsection” as found in s. 112(3.1) resulting in all provisions of Division B being applied to determine loss from disposition of shares before s. 112(3.1) applied to reduce that loss — This interpretation consistent with general principle enunciated in Act, s. 2(2) that provisions of Division B applying before provisions of Division C — Appeal dismissed.

CANADIAN IMPERIAL BANK OF COMMERCE V. CANADA (A-305-21, 2023 FCA 91, Webb J.A., reasons for judgment dated May 4, 2023, 22 pp. + 5 pp.), [Originally published: [2022] 2 F.C.R. D-28].

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.**

Note de l'arrêstiste : Ces fiches analytiques ont été précédemment publiées dans le volume de l'année 2022. Elles sont republiées ici dans le but de maintenir l'exactitude historique en publiant les fiches analytiques et les décisions d'une année donnée dans le volume de cette année-là.

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger

Sujets connexes : Langues officielles; Droit administratif; Juges et Tribunaux

Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) par laquelle la demande du demandeur au titre des articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, a été rejetée — Le demandeur et sa famille ont fui le Rwanda vers la Belgique parce qu'ils craignaient les extrémistes hutus et les autorités rwandaises — Le demandeur a ensuite renoncé à sa demande d'asile en Belgique pour retourner au Rwanda en échange d'un emploi et de la protection contre la persécution — Avant son départ, le demandeur a appris qu'il faisait l'objet d'un mandat d'arrêt au Rwanda — Le demandeur a ensuite demandé l'asile au Canada — La SPR a conclu que la question déterminante était la crédibilité du demandeur — Elle a conclu que l'absence de documents relatifs à la demande d'asile du demandeur en Belgique minait sa crédibilité globale, car le demandeur n'avait pas soumis de copie de sa demande d'asile en Belgique ou de celle de son épouse — Elle a constaté des contradictions et des invraisemblances concernant le retrait de la demande d'asile en Belgique et les projets de retour au Rwanda — La SPR n'a attribué aucune valeur probante au mandat d'arrêt contre le demandeur en raison d'irrégularités, à savoir que le mandat d'arrêt a été délivré en français et qu'il comportait le mot «public» seul à une ligne — Enfin, elle a déterminé que l'explication du demandeur sur le fait qu'il n'avait pas demandé le statut de résident permanent en Belgique n'était pas raisonnable au regard de sa crainte subjective d'être persécuté au Rwanda et de son désir d'obtenir ce statut en Belgique par le biais du regroupement familial — Le demandeur a reçu un avis de décision en français, langue utilisée lors de l'audience de la SPR, accompagné de motifs en anglais — Il a reçu une traduction en français de ces motifs trois mois plus tard — Il s'agissait de déterminer si la décision de la SPR était raisonnable — La SPR a commis une erreur en n'accordant aucune valeur probante au mandat d'arrêt sur la base du fait que le mandat d'arrêt a été rédigé en français — La déclaration de la SPR selon laquelle seuls l'anglais et le kinyarwanda sont utilisés par les organismes publics à Kigali n'était pas étayée par la preuve — La SPR ne s'est pas engagée de manière significative dans l'examen des éléments de preuve et n'a manifestement pas tenu compte des éléments de preuve contradictoires lorsqu'elle a conclu que le mandat d'arrêt ne pouvait pas avoir été délivré en français — La conclusion de la SPR sur l'utilisation de la langue française par les organismes publics au Rwanda est directement contredite par les éléments de preuve mêmes sur lesquels elle s'est appuyée, et manque donc de justification, de transparence et d'intelligibilité — La représentation typographique (c'est-à-dire le mot «Public» sur une ligne seule, suivi d'une virgule sur la ligne suivante) ne suffit pas pour conclure que le document est frauduleux, erroné ou non fiable — Cette irrégularité relevée par la SPR n'est que mineure, insuffisante pour rejeter raisonnablement le mandat d'arrêt rwandais — Le rejet de ce document par la SPR pour deux motifs déraisonnables a compromis le

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

caractère raisonnable de la décision elle-même — La SPR a également commis une erreur en déclarant que le demandeur aurait dû fournir la déclaration écrite qu'il avait préparée pour sa demande d'asile en Belgique — Le non-respect par la SPR des droits linguistiques du demandeur est un élément supplémentaire important qui a contribué au caractère déraisonnable de la décision — Il était préférable que la SPR fournisse ses motifs en français dès le départ — Le fait que la SPR rende sa décision dans une langue officielle autre que celle choisie par le demandeur, sans traduction simultanée, ne constitue pas une erreur « mineure » — En tant que tribunal fédéral, la SPR est liée par les exigences mises en œuvre par la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C., 1985, ch. 31 (Loi), qui stipule que le juge ou l'agent qui entend une procédure en français doit être en mesure de comprendre le français sans l'aide d'un interprète — La question de savoir si un tribunal fédéral comme la SPR est tenu de rendre sa décision dans la langue officielle choisie par le justiciable, lorsque celui-ci ne comprend pas l'autre langue officielle, se posait dans le cas du demandeur — L'article 20 de la Loi ne traite pas de cette situation — Il est étrange d'interpréter la Loi comme protégeant le droit des plaideurs de comprendre ce qui se passe lors des audiences, mais pas le droit de comprendre les décisions résultant de ces audiences — L'émission par la SPR d'une décision dans une langue autre que la langue officielle choisie par le demandeur appelle une intervention de la Cour, car elle contribue à rendre la décision déraisonnable — Les décideurs administratifs doivent se préoccuper de la cohérence générale des décisions administratives — L'émission d'une décision en anglais plutôt qu'en français, sans que la traduction soit disponible simultanément, est contraire à la pratique habituelle de la SPR — Cet écart injustifié par rapport à la pratique antérieure soulève des questions quant à l'arbitraire du processus décisionnel et sape la confiance du public dans les décideurs administratifs et le système judiciaire dans son ensemble — En l'espèce, la SPR a abdiqué sa responsabilité d'expliquer au demandeur, de manière transparente et intelligible, le fondement sur lequel elle est parvenue à sa conclusion — Un recours approprié et efficace pour rectifier le caractère déraisonnable de la décision consiste à renvoyer l'affaire pour un nouvel examen par un nouveau tribunal de la SPR — Demande accueillie.

NAMBAZISA C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-6658-22, 2023 CF 617, juge Gascon, motifs du jugement en date du 27 avril 2023, 22 p.), [Première parution : [2022] 2 R.C.F. F-26].

COURONNE

Sujet connexe : GRC

Contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile rejetant la demande d'indemnisation du demandeur au titre de la Politique sur les services juridiques et l'indemnisation du Conseil du Trésor (la Politique) — Le demandeur est un ancien membre de la Gendarmerie royale du Canada — En 2009, la GRC a reçu des informations selon lesquelles le demandeur entretenait une relation avec un témoin protégé, ce qui a donné lieu à une enquête — En 2019, le demandeur a plaidé coupable d'abus de confiance et d'entrave à la justice — La Politique prévoit une assistance juridique et une indemnisation pour les fonctionnaires de l'État faisant l'objet de réclamations juridiques liées à leur emploi — La première demande de services juridiques aux frais de l'État (SJFE) du demandeur a été approuvée en 2010 pour la phase de consultation initiale d'une procédure criminelle — En 2012, le demandeur a fait une demande de SJFE pour la phase du procès des accusations criminelles — Cette demande a été rejetée par la GRC — Le décideur a refusé l'autorisation de rétablir la SJFE — En 2018, le demandeur a présenté des factures pour des services juridiques dépassant 50 000 \$ — La GRC a demandé au ministre de prendre une décision sur une nouvelle demande de SJFE présentée par le demandeur, déclarant qu'il n'est pas dans l'intérêt public de l'approuver — Le demandeur ne répondait pas aux critères d'admissibilité de la Politique — La question principale était de savoir si la procédure d'examen concernant la demande de SJFE était équitable — Le fait que la GRC n'ait pas transmis au ministre tous les documents soumis par le demandeur dans le cadre de la demande de SJFE au cours de la phase d'instruction constitue une violation de l'équité procédurale — La Politique stipulant, entre autres, que le décideur doit « s'assurer que les fonctionnaires de l'État qui demandent des services juridiques ou une indemnisation en vertu de la présente politique obtiennent une réponse à leur demande en temps opportun, et s'assurer que les plaintes et les menaces de poursuites sont traitées rapidement » (soulignement ajouté) — Les questions de retard excessif relèvent de la doctrine de l'abus de procédure — L'opportunité de la réponse ne nécessite pas un examen approfondi de la question de savoir si la décision a été prise dans le cadre d'une procédure équitable et ouverte, adaptée à la décision prise et à son contexte statutaire, institutionnel et social — Soit la réponse a été reçue en temps utile, soit elle ne l'a pas été — Le besoin de s'assurer que le décideur dispose de tous les documents relatifs à la demande de SJFE afin de prendre une décision en toute connaissance de cause est une exigence fondamentale pour garantir l'équité du processus décisionnel — La procédure de réclamation a duré près de cinq ans — Il a fallu plus de sept ans pour que la demande de SJFE parvienne au décideur approprié, c'est-à-dire au ministre — La GRC n'était pas le décideur approprié en 2012, lorsque la demande de SJFE pour le financement du procès a été initialement rejetée — Il ne fait aucun doute que le délai de sept ans pour soumettre la demande de SJFE au décideur approprié était excessif — Le fait que la demande

COURONNE—Fin

n'ait été soumise à l'approbation du ministre qu'après que le demandeur a plaidé coupable a été le plus préjudiciable au demandeur — La Politique n'indique nulle part que le décideur doit attendre l'issue de la procédure avant de prendre une décision sur le financement des SJFE — Le fait que la GRC et le ministre se soient appuyés sur le plaidoyer de culpabilité du demandeur pour justifier qu'il ne répondait pas aux objectifs de la politique en matière de financement des SJFE était injuste sur le plan de la procédure — Le retard était contraire à la Politique et a mis le demandeur en danger sur le plan juridique — Le dossier certifié du Tribunal a démontré que certains documents, tels que les rapports psychologiques permettant de comprendre l'état d'esprit du demandeur au moment de la procédure pénale, n'ont pas été transmis au ministre — La GRC avait l'obligation, en vertu de la Politique, de transmettre au ministre toutes les informations soumises par le demandeur dans le cadre de la demande de SJFE — Le fait que la GRC n'ait pas transmis tous les documents constituait une violation de l'équité procédurale — La décision a été annulée, la demande de SJFE du demandeur a été renvoyée au ministre pour une nouvelle décision — Demande accueillie.

BRASSINGTON C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1785-19, 2023 CF 695, juge McDonald, motifs du jugement en date du 18 mai 2023, 28 p.), [Première parution : [2022] 2 R.C.F. F-27].

DROIT D'AUTEUR**PRATIQUE**

Appel interjeté par Bell de l'ordonnance du juge chargé de la gestion de l'instance radiant certaines parties de la défense et demande reconventionnelle modifiée de Bell sans autorisation de les modifier — L'action sous-jacente, la première en son genre, a été entamée par un groupe de studios cinématographiques (les producteurs Millennium ou les demanderesses) à l'encontre de Bell, alléguant une omission de transmettre des avis de prétendue violation conformément au régime d'avis et avis énoncé dans la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 — Les paragraphes contestés comprenaient des allégations selon lesquelles les producteurs Millennium, de pair avec Aird & Berlis LLP (AB) et d'autres clients de ce cabinet, avaient abusé du régime d'avis et avis, du droit d'auteur (une nouvelle défense) et de la procédure, s'étaient adonnés à la champartie et au soutien abusif et avaient participé à un complot prévoyant le recours à des moyens illicites en recourant à un programme d'application du droit d'auteur (le PADA) pour appliquer le régime d'avis et avis — Bell avait aussi soutenu que si les dommages-intérêts préétablis pouvaient être calculés en fonction du nombre d'avis non transmis, les dispositions en question contreviendraient aux articles 7 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne devraient pas être appliquées — Il s'agissait de savoir si le juge chargé de la gestion de l'instance a commis une erreur lorsqu'il a radié ces allégations, et s'il aurait dû donner à Bell l'autorisation de modifier son acte de procédure — Les allégations formulées par Bell à l'appui de sa défense fondée sur l'abus du droit d'auteur ont soulevé des préoccupations en matière de politique générale concernant l'application des articles 41.25 et 41.26 de la Loi et son incidence sur les FSI — C'était une erreur pour le juge chargé de la gestion de l'instance de laisser entendre que ces arguments ne pouvaient pas être invoqués à l'appui de la défense fondée sur l'abus du droit d'auteur parce qu'ils soulevaient des questions de politique générale — Le juge chargé de la gestion de l'instance a aussi commis une erreur en concluant que la théorie de l'abus du droit d'auteur ne pourrait jamais s'appliquer dans le cadre d'une action fondée sur l'article 41.26 — Toutefois, les faits allégués par Bell ne décrivaient pas de façon suffisante comment le PADA est conçu de manière à intimider et à harceler les personnes qui auraient violé le droit d'auteur et à réclamer des montants exorbitants auprès des FSI — L'acte de procédure n'établissait pas de faits substantiels suffisants pour fonder l'allégation de conduite inappropriée — Bell n'a donc pas établi que le juge chargé de la gestion de l'instance a commis une erreur de droit ou une erreur manifeste et dominante en concluant que les faits substantiels présentés ne suffisaient pas à étayer une défense fondée sur l'abus du droit d'auteur — Quant aux allégations contre AB, il a été souligné que, à moins de quelques exceptions bien établies, aucune action ne peut être intentée contre l'avocat de la partie adverse parce qu'il a agi dans l'exercice de ses fonctions d'avocat — Selon la description de Bell, les mesures qu'AB a prises dans le contexte de la gestion du PADA correspondent aux mesures que l'avocat doit prendre dans le contexte d'une relation client-avocat — Sans autre précision, ces mesures ne permettaient pas d'étayer l'affirmation selon laquelle AB a touché une part déraisonnable, injuste et/ou disproportionnée des profits découlant du PADA, qu'AB a favorisé un litige frivole et inapproprié ou qu'AB a incité les demanderesses à agir comme elles l'ont fait — S'il est évident et manifeste qu'une cause d'action, même nouvelle, est vouée à l'échec, elle peut être radiée à bon droit — Bell n'a pas établi que le juge chargé de la gestion de l'instance a commis une erreur en ce qui concerne les allégations relatives à AB — Pour ce qui est de la doctrine de la champartie et du soutien abusif, celle-ci rend inexécutable toute entente viciée par un acte de champartie et de soutien abusif — Bell n'a pas indiqué qu'elle cherchait à faire annuler quelque entente que ce soit et n'a pas expliqué, dans son acte de procédure, en quoi l'entente qui serait intervenue entre AB et les demanderesses est fondamentalement différente d'une entente sur les honoraires conditionnels (qui n'est pas visée par la champartie) — Bell n'a pas établi que le juge chargé de la gestion de l'instance a commis une erreur en radiant aussi cette allégation — En ce qui concerne les allégations relatives à l'abus de procédure et au

DROIT D'AUTEUR—Fin

complot prévoyant le recours à des moyens illicites, aucune des allégations de Bell ne faisait valoir qu'en invoquant l'obligation prévue au paragraphe 41.26(3) de la Loi au nom des producteurs Millennium, AB avait un motif inapproprié — L'abus allégué était lié aux avis générés à l'intention de tiers (les personnes qui auraient violé le droit d'auteur), pas contre Bell — Bell n'a nulle part dans son acte de procédure affirmé que l'action lui avait causé un préjudice — Bell n'a pas établi que le juge chargé de la gestion de l'instance a commis une erreur en concluant qu'aucun fait substantiel n'avait été allégué pour établir l'existence du délit d'abus de procédure et du délit de complot prévoyant le recours à des moyens illicites — En ce qui a trait aux allégations fondées sur la Charte, le juge chargé de la gestion de l'instance les a radiées au motif que les personnes morales ne peuvent pas se prévaloir des protections prévues par la Charte — Le juge chargé de la gestion de l'instance n'a pas commis d'erreur en radiant les allégations fondées sur la Charte — La véritable nature de la contestation constitutionnelle que Bell pourrait choisir d'alléguer et le fondement de cette allégation n'ont pas été établis — Enfin, en ce qui concerne la question de savoir si l'autorisation de modification devait lui être accordée, Bell n'a pas expliqué comment elle corrigerait les lacunes dans son acte de procédure — Elle a plutôt fait valoir que ses allégations étaient inédites et qu'une certaine latitude devait lui être accordée — Cet argument ne l'a pas emporté sur la nécessité pour la partie qui doit répondre à l'acte de procédure de comprendre le fondement des allégations présentées — Bell était au fait des préoccupations des demandereses — Rien ne portait à croire qu'une nouvelle modification aurait permis de corriger les lacunes relevées — Le juge chargé de la gestion de l'instance n'a pas commis d'erreur en refusant d'accorder l'autorisation de modifier l'acte de procédure — Appel rejeté.

MILLENNIUM FUNDING, INC. C. BELL CANADA (T-1062-21, 2023 CF 764, juge Furlanetto, motifs de l'ordonnance en date du 31 mai 2023, 35 p. + 8 p.), [Première parution : [2022] 3 R.C.F. F-2].

ENVIRONNEMENT

Contrôle judiciaire de la décision (la décision contestée) par laquelle le ministre de l'Environnement et du Changement climatique (le ministre) a refusé de réexaminer une décision de février 2022 rejetant une demande de désignation du projet de voie de contournement de Bradford (le projet) en vue d'une évaluation d'impact au titre du paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'évaluation d'impact*, L.C. 2019, ch. 28, **art. 1** (la Loi) — Le projet, proposé par le ministère des Transports de l'Ontario (le promoteur), consiste à construire une autoroute à quatre voies de 16,2 km dans le sud de l'Ontario — Les demandeurs sont un groupe d'organismes environnementaux à but non lucratif — L'Ontario a approuvé le projet en 2002 sous conditions à la suite d'une étude de 1997 réalisée au titre de la *Loi sur les évaluations environnementales*, L.R.O. 1990, chap. E.18 (la LEE) de la province — Comme les conditions d'approbation n'ont en fin de compte pas été respectées, le projet n'a pas été réalisé — En 2020, le gouvernement provincial a proposé de soustraire le projet aux exigences législatives et aux conditions imposées dans le cadre de l'approbation conditionnelle de 2002 — Les groupes environnementaux ont demandé au ministre de désigner le projet comme une activité physique soumise à l'évaluation d'impact fédérale au titre du paragraphe 9(1) de la Loi — Le ministre a refusé de procéder à la désignation demandée — L'Ontario a promulgué un règlement qui soustrayait le projet aux exigences de la LEE de la province — Les demandeurs ont présenté au ministre une nouvelle demande de désignation du projet au titre du paragraphe 9(1) — Sur la recommandation de l'Agence d'évaluation d'impact du Canada (l'Agence), le ministre a rendu la décision contestée, dans laquelle il a considéré la nouvelle demande comme une demande de réexamen de la décision initiale — Le ministre a refusé de réexaminer la décision initiale au motif qu'aucun changement important n'avait été apporté au projet — Les demandeurs ont affirmé qu'il était déraisonnable que le ministre considère que la nouvelle demande visait un réexamen de la décision initiale ne pouvant être effectué que si un changement important a été apporté ou si de nouveaux renseignements sont présentés — Ils ont soutenu que le ministre avait imposé un critère de contrôle préliminaire fondé sur la note de service de l'Agence et un guide interne, et non sur la Loi, et qu'il avait refusé de se former un avis sur les effets qui relèvent de la compétence fédérale et sur les préoccupations du public — Il s'agissait de savoir si le ministre avait commis une erreur ou s'il avait restreint son pouvoir discrétionnaire en appliquant un critère préliminaire non prévu par la Loi; s'il était inéquitable sur le plan procédural que le ministre applique ce critère; et, subsidiairement, si le ministre avait commis une erreur dans l'application du critère préliminaire — La décision contestée n'est pas rendue déraisonnable ou illégale par une restriction du pouvoir discrétionnaire — La Loi est muette au sujet de la façon dont le ministre exerce son pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne le traitement de demandes subséquentes relatives à un même projet et le réexamen d'une décision antérieure — Les politiques et les directives ne sont pas des lois et ne sont pas contraignantes — Une politique administrative ne peut restreindre le pouvoir discrétionnaire que la loi confère à un décideur — D'après les termes employés dans la décision contestée, aucune nouvelle décision n'a été rendue — Toutefois, il ne s'ensuit pas que la nouvelle demande n'a pas été analysée ou examinée, ou encore que le ministre ne s'est pas formé un avis sur la nouvelle demande de désignation — La Loi n'exige pas qu'une nouvelle décision de fond soit rendue chaque fois qu'une demande est présentée — En l'espèce, l'agence a analysé la nouvelle demande, et le ministre

ENVIRONNEMENT—Fin

s'est penché sur la question de savoir si elle faisait état de changements importants justifiant que la décision rendue auparavant soit modifiée, mais il a conclu que non — Les objectifs législatifs de participation du public et de transparence n'imposent pas au ministre l'obligation de formuler un nouvel avis sur la question de savoir s'il s'agit d'un projet désigné ou non chaque fois qu'une demande subséquente est présentée au titre du paragraphe 9(1) relativement à ce même projet — Aucune erreur susceptible de contrôle n'a été commise au regard de l'équité procédurale — Comme la Loi confère au ministre un vaste pouvoir discrétionnaire, les exigences en matière d'équité procédurale se situent à l'extrémité inférieure du spectre — Il était loisible à l'Agence et au ministre de décider de la procédure, et le ministre avait le pouvoir discrétionnaire de décider si la nouvelle demande justifiait qu'une nouvelle décision soit rendue — Toutefois, la décision contestée était déraisonnable parce qu'elle ne satisfaisait pas au critère de la transparence, de l'intelligibilité et de la justification — Le ministre a formulé seulement deux remarques sur la nouvelle demande — En l'absence de toute mention et justification dans la décision contestée concernant la façon dont le ministre a traité l'argument sur les effets cumulatifs, et comme le ministre n'a pas expliqué pourquoi il n'admettait pas qu'ainsi, la demande faisait état d'un changement important, la réponse comportait une lacune fondamentale — La nature administrative d'une décision ne dispense pas le décideur de l'exigence de démontrer qu'il s'est attaqué aux questions clés soulevées, ni de celle de rendre une décision transparente, intelligible et justifiée — Les objectifs législatifs de participation du public et de transparence renforcent l'idée que davantage d'explications étaient requises — Demande accueillie.

FORBID ROADS OVER GREEN SPACES C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-564-22, 2023 CF 580, juge Furlanetto, motifs du jugement en date du 20 avril 2023, 25 p.), [Première parution : [2022] 2 R.C.F. F-30].

FORCES ARMÉES

Contrôle judiciaire de deux décisions par lesquelles l'autorité de révision des Forces canadiennes a conclu que les demandeurs n'avaient pas le droit de choisir d'être jugés devant une cour martiale — Les demandeurs ont été accusés d'infractions au titre de l'article 129 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 (la Loi) en raison de commentaires inappropriés adressés à des membres du personnel civil et à des candidats dans le cours d'officier de la salle des opérations — Avant et pendant leurs procès sommaires respectifs, les demandeurs ont demandé à pouvoir choisir d'être jugés devant une cour martiale — Les officiers présidant aux procès sommaires (les présidents) ont rejeté la demande des demandeurs visant à pouvoir choisir d'être jugés devant une cour martiale — Ils ont affirmé, entre autres choses, que les infractions à l'origine des accusations portées au titre de l'article 129 étaient de nature mineure, qu'elles se rapportaient à la définition du « maintien » et que, par conséquent, elles n'exigeaient pas le choix d'un procès devant une cour martiale — Les demandeurs ont été déclarés coupables à l'issue d'un procès sommaire — L'autorité de révision, affirmant que le maintien était de nature suffisamment mineure pour ne pas justifier des pouvoirs de punition plus grands que ceux prévus par l'article 108.17 des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (les ORFC), a confirmé les décisions des présidents refusant de permettre aux demandeurs de choisir d'être jugés devant une cour martiale — Les questions communes étaient liées à l'interprétation de l'alinéa 108.17(1)a des ORFC — L'article 108.17 a été abrogé après que les décisions faisant l'objet du contrôle eurent été rendues — L'autorité de révision dans le dossier T-1244-22 a affirmé qu'il n'était pas requis de permettre au demandeur de choisir d'être jugé devant une cour martiale parce que l'affaire était liée au « maintien », ce qui donne à penser qu'il a interprété le mot de manière disjonctive, alors que l'autorité de révision dans le dossier T-1953-22 a affirmé la même chose, mais parce que l'affaire se rapportait « à la tenue et au maintien » — L'autorité de révision dans le dossier T-1953-22 semble avoir été d'avis que l'expression « tenue et [...] maintien » (non souligné dans l'original) doit être interprétée de manière conjonctive — Les décideurs dans les présentes affaires ne sont pas arrivés à leur interprétation en se fondant sur le principe moderne d'interprétation des lois — Les deux interprétations de l'expression « tenue et [...] maintien » employée à l'alinéa 108.17(1)a ne tiennent pas compte des mots qui forment l'expression ou du libellé de l'article 129 de la Loi dans son intégralité — Aucune analyse de l'objectif de l'article 108.17(1)a n'a été fournie — Les interprétations manquent d'intelligibilité, de justification et de transparence — Suivant l'article 129, le droit de choisir un procès devant une cour martiale pour un comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline est refusé « seulement lorsque l'infraction se rapporte à la formation militaire, à l'entretien de l'équipement personnel, des quartiers ou du lieu de travail, ou à la tenue et au maintien » — Lorsqu'une disposition législative comporte une série de facteurs, la règle *ejusdem generis* veut que ces facteurs soient du même type ou de la même catégorie — En l'espèce, il s'agissait de la nature des circonstances précises du comportement reproché qui étaient visées à l'article 129 — D'après les restrictions au droit de choisir un procès devant une cour martiale, l'alinéa 108.17(1)a lié à l'article 129 a été adopté en vue des infractions mineures pouvant être jugées efficacement et rapidement par procès sommaire — Ces infractions ne donnent pas lieu à un choix précisément pour cette raison — L'application de la règle *ejusdem generis* relative aux choses du même ordre milite en faveur de l'interprétation des demandeurs, soit que l'expression « tenue et [...] maintien » à l'alinéa 108.17(1)a forme un seul et même

FORCES ARMÉES—Fin

terme technique et l'une des trois catégories énumérées liées à l'article 129, par rapport aux deux autres catégories connexes — L'interprétation conjonctive de l'expression « tenue et [...] maintien » permet une interprétation correcte de la phrase selon laquelle le « maintien » se rapporte à la « tenue » et comprend par exemple les infractions liées au port de l'uniforme ou à la propreté de l'uniforme et des bottes — Cette interprétation concorde avec les autres infractions mineures qui ne donnent pas lieu à un choix, soit celles qui sont relatives « à la formation militaire » et « à l'entretien de l'équipement personnel, des quartiers ou du lieu de travail » — Si l'expression « tenue et [...] maintien » était interprétée de manière disjonctive, il résulterait de la prise en considération du mot « maintien » seul que toute infraction décrite comme étant liée [TRADUCTION] « à l'allure, au comportement ou aux manières » serait jugée par procès sommaire uniquement — Cette interprétation n'est pas conforme à l'intention législative, à savoir que les infractions visées soient les infractions mineures — Une lecture de l'alinéa 108.17(1)a lié à l'article 129 permet de constater que l'intention du gouverneur en conseil n'était pas que l'expression « tenue et [...] maintien » soit interprétée de manière disjonctive — L'utilisation du mot « et » démontre que le gouverneur en conseil était conscient de l'objectif de l'alinéa 108.17(1)a et que son intention était qu'il soit interprété de manière conjonctive — Pour récapituler, l'expression « tenue et [...] maintien » doit être interprétée de manière conjonctive, de sorte qu'elle vise le maintien en ce qui a trait à l'uniforme, par exemple le port et la propreté de celui-ci — Cette interprétation concorde avec les autres infractions mineures qui ne donnent pas lieu à un choix ainsi qu'avec les deux libellés et le contexte de l'alinéa 108.17(1)a — Demande accueillie.

NOONAN C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1244-22, T-1953-22, 2023 CF 618, juge Zinn, motifs du jugement en date du 27 avril 2023, 23 p.), [Première parution : [2022] 2 R.C.F. F-33].

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU***Gains et pertes en capital*

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) (2021 CCI 71), qui a conclu que l'alinéa 40(3.6)a de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (Loi), s'applique à la perte réputée de CIBC découlant de la disposition de ses actions de catégorie B de la société CIBC Delaware Holdings Inc. (DHI), la rendant ainsi nulle — En 2006, l'appelante a souscrit des actions de CIBC Delaware Holdings Inc. — En 2007, DHI a racheté des actions détenues par l'appelante — L'appelante a déclaré une perte en capital déductible dans sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition 2007 en raison de la fluctuation du dollar canadien — Le ministre du Revenu national a refusé la demande de l'appelante concernant la perte en capital déductible — L'arrêt *Canada c. Banque de Montréal*, 2020 CAF 82 (*BMO*) a joué un rôle dominant dans la décision de la C.C.I. et dans les arguments de l'appelante dans le présent appel — Dans l'arrêt *BMO*, la Cour a conclu que le paragraphe 39(2) de la Loi s'appliquait à la disposition d'actions lorsque la perte découlait d'une fluctuation de la valeur de la monnaie étrangère — La perte était réputée être une perte en capital résultant de la disposition d'une monnaie étrangère — Dans l'arrêt *BMO*, la disposition pertinente de minimisation des pertes était le paragraphe 112(3.1) de la Loi — Dans le présent appel, la disposition pertinente de minimisation des pertes est le paragraphe 40(3.6) — L'appelante a fait valoir que l'arrêt *BMO* appuyait sa thèse selon laquelle elle avait subi une perte en capital par suite de la disposition d'une monnaie étrangère — Selon l'appelante, il ne résultait aucune perte de la disposition d'actions à l'égard de laquelle le paragraphe 40(3.6) pourrait s'appliquer — L'intimé a fait valoir que l'arrêt *BMO* appuyait sa thèse selon laquelle la perte était réputée nulle en vertu du paragraphe 40(3.6) et qu'il n'y avait par conséquent aucune perte à laquelle le paragraphe 39(2) pouvait s'appliquer — Bien qu'elle ait dit être d'avis que la version du paragraphe 39(2) en vigueur en 2007 ne s'appliquait pas à la disposition d'actions, la C.C.I. a adopté l'interprétation du paragraphe 39(2) faite dans l'arrêt *BMO* — Elle a conclu que le paragraphe 40(3.6) s'appliquait pour déterminer la perte avant que le paragraphe 39(2) s'applique — Dans l'appel, il s'agissait de savoir si, compte tenu de l'arrêt *BMO*, le paragraphe 39(2) s'appliquait avant le paragraphe 40(3.6) — La C.C.I. n'a pas commis d'erreur en concluant que le paragraphe 40(3.6) s'appliquait à la perte réputée de la demanderesse découlant de la disposition de ses actions de catégorie B de DHI, la rendant ainsi nulle — L'appelante a fait valoir que la structure qu'elle a adoptée est semblable à celle employée par la Banque de Montréal dans l'affaire *BMO*, de sorte que le résultat sous le régime de la Loi devrait être le même, c.-à-d. que la perte subie lors du rachat d'actions ne devrait pas être réputée nulle — Toutefois, la disposition de minimisation des pertes en cause dans le présent appel (paragraphe 40(3.6)) n'est pas la même disposition de minimisation des pertes qui était en cause dans l'arrêt *BMO* (Loi, paragraphe 112(3.1)) — Des règles différentes sur la minimisation des pertes s'appliquaient parce que les opérations étaient différentes — Il n'y avait eu aucun rachat d'actions dans l'affaire *BMO* — Le paragraphe 40(1) décrit la manière dont est déterminé un gain ou une perte, et non un gain en capital ou une perte en capital — Par conséquent, pour qu'une autre disposition prévienne expressément autre chose, cette autre disposition doit préciser ou modifier le montant du

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

gain ou de la perte et non le montant du gain en capital ou de la perte en capital — Comme il était indiqué dans l'arrêt *BMO*, le paragraphe 39(2) était fondé sur l'hypothèse selon laquelle le montant de la perte avait déjà été déterminé — Il n'y avait au paragraphe 39(2) aucune formule qui se serait appliquée pour déterminer le montant de la perte, et rien au paragraphe 39(2) ne permettait de dire que le montant de la perte est réputé être un montant particulier — Les conséquences fiscales, si le paragraphe 39(2) s'était appliqué, auraient été déterminées uniquement eu égard au fait que les gains et les pertes nets attribuables à la fluctuation de la valeur d'une monnaie étrangère étaient réputés être un gain en capital ou une perte en capital résultant de la disposition d'une monnaie étrangère — Puisque, dans l'affaire *BMO*, la Banque de Montréal n'avait subi aucune perte résultant de la disposition d'actions, il n'y avait aucune perte résultant de la disposition d'actions à l'égard de laquelle le paragraphe 112(3.1) aurait pu s'appliquer — Rien dans le paragraphe 40(3.6) n'exigeait l'application du paragraphe 39(2) avant que la perte subie par suite du rachat d'actions soit réputée nulle par le paragraphe 40(3.6) — La perte subie par l'appelante par suite du rachat d'actions était réputée nulle; par conséquent, aucune perte n'aurait pu être réputée être une perte en capital au sens du paragraphe 39(2) — Les paragraphes 40(3.6) et 112(3.1) prévoyaient qu'en 2007 toutes les autres dispositions de la Loi ayant une incidence sur la perte s'appliquaient avant que le paragraphe 112(3.1) s'applique, et que le paragraphe 40(3.6) s'appliquait avant que le paragraphe 39(2) s'applique — Ce traitement différent de la perte réputée nulle en vertu du paragraphe 40(3.6) et une perte réduite en vertu du paragraphe 112(3.1) pourraient expliquer pourquoi une perte attribuable aux fluctuations d'une monnaie étrangère ne faisait pas l'objet d'un rajustement en vertu du paragraphe 112(3.1) mais ne modifiaient pas la présomption de perte nulle en vertu du paragraphe 40(3.6) — L'argument selon lequel le revenu du contribuable est déterminé en vertu de la section B de la Loi avant que son revenu imposable soit déterminé en vertu de la section C de la Loi est étayé — Toutefois, le paragraphe 112(3.1) ne prévoit pas d'ajout ou de déduction dans le calcul du revenu imposable du contribuable — La section B et la section C ne forment pas deux parties indépendantes et distinctes, de sorte qu'une fois que le revenu est déterminé sous le régime de la section B, il n'est modifié par aucune disposition de la section C — Comme l'illustre le paragraphe 112(3.1), il pourrait être nécessaire d'appliquer de nouveau les dispositions de la section B pour déterminer de nouveau le revenu du contribuable après qu'une disposition donnée de la section C a été appliquée — Toutefois, l'interprétation de l'expression « perte[...] déterminée compte non tenu du présent paragraphe » au paragraphe 112(3.1) fait en sorte que toutes les dispositions de la section B sont appliquées pour déterminer la perte découlant de la disposition d'actions avant que le paragraphe 112(3.1) soit appliqué pour réduire cette perte — Cette interprétation est conforme au principe général énoncé au paragraphe 2(2) de la Loi, selon lequel les dispositions de la section B s'appliquent avant celles de la section C — Appel rejeté.

BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE C. CANADA (A-305-21, 2023 CAF 91, juge Webb, J.C.A., motifs du jugement en date du 4 mai 2023, 22 p. + 5 p.), [Première parution : [2022] 2 R.C.F. F-34].

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8^e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3