



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2021, Vol. 1, Part 2**

**2021, Vol. 1, 2<sup>e</sup> fascicule**

Cited as [2021] 1 F.C.R., {<sup>209-549</sup>

Renvoi [2021] 1 R.C.F., {<sup>209-549</sup>

---

## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

---

### LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

### PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

EMMA KALY

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2022.

Print

Cat. No. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

Online

Cat. No. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

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

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

### ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

### SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

EMMA KALY

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2022.

Imprimé

N° de cat. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

En ligne

N° de cat. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

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

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

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

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

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

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

## CONTENTS

Appeals noted . . . . .	I
Judgments . . . . .	209–549

### **Canadian Council for Refugees v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship) (F.C.) . . . 209**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Consolidated judicial reviews of decisions finding applicants ineligible to make refugee claims in Canada by operation of Safe Third Country Agreement (STCA)—Applicants arriving at Canada land port of entry from U.S.—One applicant returned to U.S., immediately imprisoned—Applicants seeking, *inter alia*, declarations that *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations), s. 159.3 *ultra vires*; that s. 159.3 inconsistent with Canada's international obligations under *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* (Refugee Convention), *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment* (Convention Against Torture); that Regulations, s. 159.3, *Immigration and Refugee Protection Act* (Act), s. 101(1)(e) of no force or effect pursuant to *Constitution Act, 1982*, s. 52 because they violate Charter, ss. 7, 15—Applicants arguing, *inter alia*, U.S. not safe third country, factors in Act, s. 102(2),(3) not met—As to Charter, arguing there is causal connection between Canada's adherence to STCA, deprivation of Charter, s. 7 rights—Meaningful analysis of U.S. compliance with Refugee Convention, human rights standards lacking—Whether Regulations, s. 159.3 *ultra vires* of Act—Whether STCA infringing Charter, ss. 7, 15—Regulations, s. 159.3 not *ultra vires* Act—That issue determined by Federal Court of Appeal in *Canadian Council for Refugees v. Canada*—Court in *Canadian Council for Refugees* holding that *vires* of Regulations not to be assessed on basis of facts, events or developments arising after promulgation thereof (i.e. December 29, 2004)—*Canadian Council for Refugees* binding on *vires* issue herein—Applicants not meeting threshold to revisit binding nature of that decision—With respect to Charter issues, provisions enacting STCA infringing Charter, s. 7—Actions of Canadian officials in returning ineligible STCA claimants to U.S. officials

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Appels notés . . . . .	I
Jugements . . . . .	209–549

### **Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté) (C.F.) . . . . 209**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Demandes de contrôle judiciaire réunies de décisions selon lesquelles les demandes d'asile des demandeurs au Canada étaient irrecevables aux termes de l'Entente sur les tiers pays sûrs (ETPS)—Les demandeurs sont arrivés à un point d'entrée terrestre canadien en provenance des États-Unis—Une demanderesse a été renvoyée aux États-Unis où elle a été immédiatement emprisonnée—Les demandeurs ont demandé notamment des déclarations selon lesquelles l'art. 159.3 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (Règlement) est *ultra vires* et selon lesquelles l'art. 159.3 est incompatible avec les obligations internationales du Canada aux termes de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* (Convention sur les réfugiés) et de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (Convention contre la torture); des déclarations selon lesquelles l'art. 159.3 du Règlement et l'art. 101(1)e) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (Loi) sont inopérants en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, car ils violent les art. 7 et 15 de la Charte—Les demandeurs ont fait valoir notamment que les États-Unis ne sont pas un tiers pays sûr, que les facteurs énoncés aux art. 102(2) et (3) de la Loi n'ont pas été remplis—En ce qui concerne la Charte, ils ont soutenu qu'il existe un lien de causalité entre l'adhésion du Canada à l'ETPS et la violation des droits garantis par l'art. 7 de la Charte—Il y a eu un manque d'analyse significative quant au respect par les États-Unis de la Convention sur les réfugiés et des normes internationales en matière de droits de la personne—Il s'agissait de savoir si l'art. 159.3 du Règlement est *ultra vires* de la Loi—Il s'agissait de savoir si l'ETPS viole les art. 7 et 15 de la Charte—L'art. 159.3 du Règlement n'est pas *ultra vires*

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

facilitating process resulting in detention—Limitation on liberty, security of the person not in accordance with principles of fundamental justice—STCA overbroad, effects of ineligibility finding thereunder disproportionate—Charter s. 7 infringement not justified under Charter s. 1—No need to address Charter, s. 15 challenge—Questions certified—Applications allowed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Fundamental Freedoms —Applicants found to be ineligible to make refugee claims by operation of Safe Third Country Agreement (STCA)—One applicant returned to U.S., immediately imprisoned—Applicants seeking, *inter alia*, declarations that *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations), s. 159.3, *Immigration and Refugee Protection Act* (Act), s. 101(1)(e) of no force or effect pursuant to *Constitution Act, 1982*, s. 52 because they violate Charter, ss. 7, 15—Arguing causal connection existing between Canada’s adherence to STCA, deprivation of Charter, s. 7 rights—Whether STCA infringing Charter, ss. 7, 15—Provisions enacting STCA infringing guarantees in Charter, s. 7—Issue in relation to s. 7 whether, in returning ineligible STCA claimants to U.S. authorities where they will be imprisoned, sufficient causal connection existing so as to engage liberty, security of person interests—Fact that STCA returnees imprisoned by U.S. authorities not immunizing actions of Canadian officials from consideration—Canada not “passive participant”—Actions of Canadian officials facilitating process that results in detention—Applicant Nedira Jemal Mustefa’s imprisonment illustration of limitation on liberty flowing directly from finding of ineligibility under Act, s. 101(1)(e)—This sufficient to establish that s. 7 liberty rights engaged—Rights of refugee claimants more than minimally impaired by STCA, deleterious effects not proportional to salutary

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

de la Loi—Cette question a été tranchée par la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*—La Cour dans l’affaire *Conseil canadien pour les réfugiés* a déclaré que la légalité du Règlement ne pouvait pas être évaluée sur la foi de faits survenus après la date de la prise du Règlement (le 29 décembre 2004)—La Cour en l’espèce était liée par l’arrêt *Conseil canadien pour les réfugiés* sur la question de la légalité—Les demandeurs n’ont pas satisfait au critère nécessaire au réexamen du caractère obligatoire de cette décision—En ce qui concerne les questions touchant la Charte, les dispositions édictant l’ETPS violent les droits garantis par l’art. 7 de la Charte—Les actes des fonctionnaires canadiens, à savoir le renvoi des demandeurs dont la demande d’asile a été jugée irrecevable au titre de l’ETPS aux autorités américaines, participent à un processus qui mène à la détention—La restriction de la liberté et de la sécurité de la personne n’était pas conforme aux principes de justice fondamentale—L’ETPS a une portée excessive, et l’effet de ne pas pouvoir présenter de demande d’asile au titre de l’ETPS est disproportionné—La violation des droits garantis par l’art. 7 de la Charte n’était pas justifiée sous le régime de l’article premier de la Charte—Il n’était pas nécessaire de répondre à la contestation fondée sur l’art. 15 de la Charte—Des questions ont été certifiées—Demandes accueillies.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Libertés fondamentales—Les demandes d’asile des demandeurs ont été jugées irrecevables aux termes de l’Entente sur les tiers pays sûrs (ETPS)—Une demanderesse a été renvoyée aux États-Unis où elle a été immédiatement emprisonnée—Les demandeurs ont demandé notamment des déclarations selon lesquelles l’art. 159.3 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* (Règlement) et l’art. 101(1)(e) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (Loi) sont inopérants en application de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, car ils violent les art. 7 et 15 de la Charte—Ils ont soutenu qu’il existe un lien de causalité entre l’adhésion du Canada à l’ETPS et la violation des droits garantis par l’art. 7 de la Charte—Il s’agissait de savoir si l’ETPS viole les art. 7 et 15 de la Charte—Les dispositions édictant l’ETPS violent les droits garantis par l’art. 7 de la Charte—La question qui se posait en relation avec l’art. 7 était de savoir si le renvoi des demandeurs dont la demande d’asile a été jugée irrecevable au titre de l’ETPS aux États-Unis, où ils seront emprisonnés, constitue un lien de causalité suffisant pour mettre en jeu le droit à la liberté et à la sécurité de la personne—Le fait que les rapatriés au titre de l’ETPS sont emprisonnés par les autorités américaines ne libère pas les actes des fonctionnaires canadiens de toute considération—Le Canada n’est pas un « acteur passif »—Les actes des fonctionnaires canadiens participent à un processus qui mène

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

effects—STCA legislation overbroad—Applicants here having had no consideration of their risks or substance of their refugee claim—Risks of detention, loss of security grossly disproportional to administrative benefits of STCA—Impact of being found ineligible under STCA grossly disproportionate, out of sync with objective of legislation—Penalization of simple act of making refugee claim not in keeping with spirit or intention of STCA—S. 7 infringement not justified under Charter, s. 1—In light of these conclusions, no need to address Charter, s. 15 challenge.

### **Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship) (F.C.A.) . . . . . 271**

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Appeal, cross-appeal from Federal Court decision granting in part two applications for judicial review challenging designation of four Jurisprudential Guides (JG) by Chairperson of Immigration and Refugee Board (IRB)—First application concerning designation of three decisions from Refugee Appeal Division (RAD) pertaining to Pakistan, India, China, respectively, as JGs while second application to same effect but with respect to JG pertaining to Nigeria—Federal Court finding that impugned JGs validly enacted pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 159(1)(h); that not unreasonable for Chairperson to implicitly construe provision as conferring upon him authority to issue JGs that include factual considerations—Moreover, finding statement of expectation included in policy notes accompanying JGs for Pakistan, India, China unlawful, inoperative—However, Federal Court not finding any issue with JG for Nigeria; also certifying two serious questions of general importance—Main issues whether Chairperson of IRB having authority pursuant to Act, s. 159(1)(h) to issue JGs that include factual determinations (first certified question); whether JGs that Chairperson issued respecting Nigeria, Pakistan, India, China unlawfully fettering discretion of Refugee Protection Division, RAD members to make their own factual findings or improperly encroach upon their adjudicative independence (second certified question); whether cumulative

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

à la détention—L'emprisonnement de la demanderesse Jemal Mustefa illustre l'atteinte à la liberté qui découle directement d'un constat d'irrecevabilité au titre de l'art. 101(1)e) de la Loi—Cela était suffisant pour établir que le droit à la liberté garanti par l'art. 7 est en jeu—L'atteinte aux droits des demandeurs d'asile par l'ETPS était plus que minimale et les effets préjudiciables n'étaient pas proportionnels aux effets bénéfiques—L'ETPS a une portée excessive—En l'espèce, les demandeurs n'ont fait l'objet d'aucune évaluation de leurs risques ou du bien-fondé de leur demande d'asile—Les risques de détention et d'atteinte à la sécurité de la personne sont totalement disproportionnés par rapport aux avantages administratifs de l'ETPS—L'effet de ne pas pouvoir présenter de demande d'asile au titre de l'ETPS est totalement disproportionné et sans rapport aucun avec l'objectif de la loi—L'imposition d'une sanction pour le simple fait d'avoir demandé le statut de réfugié n'est pas conforme à l'esprit ou à l'intention de l'ETPS—La violation des droits garantis par l'art. 7 de la Charte n'était pas justifiée sous le régime de l'article premier de la Charte—Étant donné cette conclusion, il n'était pas nécessaire de répondre à la contestation fondée sur l'art. 15 de la Charte.

### **Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté) (C.A.F.) . . . . . 271**

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d'immigration—Appel et appel incident d'une décision rendue par la Cour fédérale, qui a accueilli, en partie, deux demandes de contrôle judiciaire concernant la désignation de quatre guides jurisprudentiels par le président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR)—La première demande concernait la décision de désigner trois décisions de la Section d'appel des réfugiés (SAR) touchant le Pakistan, l'Inde et la Chine, respectivement, comme guides jurisprudentiels, tandis que la seconde demande concernait une décision similaire, mais à propos d'un guide jurisprudentiel sur le Nigéria—La Cour fédérale a conclu que les guides jurisprudentiels contestés ont été valablement adoptés conformément à l'art. 159(1)h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*; qu'il n'était pas déraisonnable pour le président d'interpréter implicitement cette disposition comme lui conférant le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels contenant des considérations factuelles—De plus, elle a jugé la déclaration d'attente incluse dans les notes de politique accompagnant les guides jurisprudentiels sur le Pakistan, l'Inde et la Chine illégale et inopérante—Toutefois, la Cour fédérale a estimé que le guide jurisprudentiel sur le Nigéria ne posait aucun problème; elle a aussi certifié deux questions comme questions graves de portée générale—Il s'agissait principalement de savoir si le président de la CISR a le pouvoir, aux termes de l'art. 159(1)h)

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

effect of facts, context surrounding promulgation of Nigeria JG giving rise to reasonable apprehension of bias—Federal Court properly finding that Chairperson having authority to issue JGs on issues of fact in accordance with plain words of statutory provision—Chairperson implicitly interpreting Act, s. 159(1)(h) as conferring upon him authority to issue JGs on factual issues, which interpretation reasonable—In case at bar, express statutory grant of authority to Chairperson existing, no limitation confining scope of s. 159(1)(h) to issues of law or mixed fact, law—None of impugned JGs improperly encroaching on Board members’ adjudicative independence, not unlawfully fettering Board members’ independence—Regarding Nigeria JG, Federal Court properly dismissing arguments raised by appellant—Manner in which Nigeria JG selected not giving rise to reasonable apprehension of bias—Appellant failing to demonstrate that Federal Court wrong in concluding that decision independently made—Federal Court therefore not erring in answering first certified question affirmatively but did so in answering second certified question affirmatively to extent Pakistan, India, China JGs concerned—Appeal dismissed, cross-appeal allowed.

### **Miller Thomson LLP v. Hilton Worldwide Holding LLP (F.C.A.) . . . . . 323**

Trademarks—Expungement—Evidence of use—Appeal from Federal Court decision finding that respondent had established use of WALDORF ASTORIA trademark (Mark) in Canada, setting aside Registrar of trademark’s decision striking Mark from register of trademarks—Respondent, owner of WALDORF ASTORIA trademark, which is registered in Canada for use in association with “hotel services”—Claiming to have used Mark in Canada in association with “hotel services” since at least 1988—Appellant, law firm representing client engaged in hotel business—Client having outstanding applications to register trademarks for “WALDORF”, “THE

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

de la Loi, de publier des guides jurisprudentiels comprenant des déterminations factuelles (première question certifiée); si les guides jurisprudentiels que le président a publiés sur le Nigéria, le Pakistan, l’Inde et la Chine constituent une entrave illicite au pouvoir discrétionnaire des membres de la Section de la protection des réfugiés et de la SAR de tirer leurs propres conclusions de fait, ou portent indûment atteinte à leur indépendance décisionnelle (deuxième question certifiée); si l’effet cumulé des faits et du contexte entourant la promulgation du guide jurisprudentiel sur le Nigéria donne ouverture à une crainte raisonnable de partialité—La Cour fédérale a conclu à juste titre que le président avait le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels sur des questions de fait, conformément au sens ordinaire de la disposition législative—Le président a implicitement interprété l’art. 159(1)(h) de la Loi comme lui conférant le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels sur des questions de fait, et cette interprétation était raisonnable—En l’espèce, le président dispose d’une autorisation législative expresse, et il n’existe aucune limite confinant le champ d’application de l’art. 159(1)(h) aux questions de droit ou aux questions mixtes de droit et de fait — Aucun des guides jurisprudentiels contestés n’a à tort porté atteinte à l’indépendance décisionnelle des commissaires, ni n’a entravé illégalement l’indépendance des commissaires—En ce qui concerne le guide jurisprudentiel sur le Nigéria, la Cour fédérale a rejeté à juste titre les arguments soulevés par l’appelante—La manière avec laquelle il a été sélectionné n’a pas donné ouverture à une crainte raisonnable de partialité—L’appelante n’a pas réussi à démontrer que la Cour fédérale a commis une erreur quand elle a conclu que la décision a été rendue de manière indépendante—Par conséquent, la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en répondant par l’affirmative à la première question certifiée, mais elle a commis une erreur en répondant par l’affirmative à la seconde question certifiée, dans la mesure où les guides jurisprudentiels sur le Pakistan, l’Inde et la Chine étaient en cause—Appel rejeté, appel incident accueilli.

### **Miller Thomson S.E.N.C.R.L., S.R.L. c. Hilton Worldwide Holding LLP (C.A.F.) . . . . . 323**

Marques de commerce—Radiation—Preuve d’emploi—Appel interjeté à l’encontre une décision dans laquelle la Cour fédérale a conclu que l’intimée avait établi l’emploi de la marque WALDORF ASTORIA (la marque) au Canada et annulé la décision du registraire de radier la marque du registre des marques de commerce—L’intimée est propriétaire de la marque de commerce WALDORF ASTORIA, qui est enregistrée au Canada pour être utilisée en liaison avec des « services hôteliers »—Elle a affirmé avoir utilisé la marque au Canada en liaison avec des « services hôteliers » depuis au moins 1988—L’appelante est un cabinet d’avocats

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

WALDORF”, “WALDORF HOTEL” etc. which respondent actively opposing—Registrar issuing notice to respondent pursuant to *Trademarks Act*, s. 45 requiring that it demonstrate use of Mark in Canada in association with “hotel services” during relevant period—Concluding that absence of “bricks and mortar” Waldorf Astoria hotel in Canada fatal to respondent’s claim that Mark used in Canada in association with “hotel services” during relevant period—Ordering that Mark be expunged from register—Respondent appealing Registrar’s decision—Federal Court concluding that Registrar having committed several errors in this case; maintaining Mark’s registration on basis that respondent established use of Mark in Canada during relevant period—Main issues whether respondent could establish “use” of WALDORF ASTORIA trademark in Canada for purposes of Act, s. 45 in absence of “bricks and mortar” hotel operating under that name in this country; more particularly, whether Federal Court erring in finding that there had been use of WALDORF ASTORIA mark in Canada during relevant period—Federal Court not misstating applicable statutory test for “use” of mark—Concluded that reservation or booking services would commonly be understood to be included in scope of term “hotel services”—Thus, Federal Court correctly understanding test for “use” for purposes of Act, s. 45 analysis; no error established—Regarding ordinary commercial understanding of term “hotel services”, Federal Court finding that Registrar erring in asking wrong question—Question not whether one could equate ability to make hotel reservations or other bookings with operation of hotel but what was scope of term “hotel services” in ordinary commercial usage—Here, Federal Court not erring in finding that Registrar’s failure to acknowledge direct evidence before her as to ordinary commercial meaning of term “hotel services” constituting material omission warranting Federal Court’s intervention—With respect to Registrar’s reliance on “Trade-marks examination: Wares and Services Manual” to interpret meaning of registration at issue dating from 1988, Federal Court rightly stating Registrar erring in interpreting scope of Mark’s registration from pre-internet era in light of wording of current version of Manual—Term “services” not defined in Act, must be liberally construed—Federal Court not erring in finding that term “hotel services” included other, incidental or ancillary services such as reservation or payment services—Appellant not establishing that Federal Court committing palpable, overriding error in concluding that people in Canada receiving material benefit from delivery of respondent’s hotel services; in concluding that use of WALDORF ASTORIA mark established—However, Federal Court erring with respect to benefits received by individuals in Canada through HILTON HHONORS loyalty program—No evidence stating that loyalty points earned at time hotel room booked rather than at time guest actually staying

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

représentant un client actif dans le secteur de l’hôtellerie—Ce client avait des demandes d’enregistrement en cours pour les marques « WALDORF », « THE WALDORF », « WALDORF HOTEL », etc., auxquelles l’intimée s’est opposée activement—Le registraire a délivré à l’intimée, en application de l’art. 45 de la *Loi sur les marques de commerce*, un avis lui enjoignant de démontrer l’emploi de la marque au Canada en liaison avec des « services hôteliers » au cours de la période pertinente—Il a conclu que l’absence d’un hôtel Waldorf Astoria « traditionnel » au Canada était fatale à la thèse de l’intimée selon laquelle elle avait employé la marque au Canada en liaison avec des « services hôteliers » au cours de la période pertinente—Il a ordonné la radiation de la marque—L’intimée a interjeté appel de la décision du registraire—La Cour fédérale a conclu que le registraire avait commis plusieurs erreurs dans sa décision; elle a maintenu l’enregistrement de la marque au motif que l’intimée a établi l’emploi de la marque au Canada au cours de la période pertinente—Il s’agissait principalement de savoir si l’intimée pouvait établir l’« emploi » de la marque WALDORF ASTORIA au Canada pour l’application de l’art. 45 de la Loi bien qu’elle n’ait jamais exploité d’hôtel « traditionnel » sous ce nom au Canada et, plus particulièrement, si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant qu’il y a eu emploi de la marque WALDORF ASTORIA au Canada pendant la période pertinente—La Cour fédérale n’a pas énoncé de manière erronée le critère juridique applicable pour établir l’« emploi » de la marque—Elle a conclu que, selon le sens commun, les services de réservation seraient compris dans la portée du terme « services hôteliers »—Il ressortait de ces affirmations que la Cour fédérale a correctement compris le critère applicable à l’« emploi » dans l’analyse effectuée au titre de l’art. 45, et l’appelante n’a démonté aucune erreur à cet égard—En ce qui concerne le sens ordinaire du commerce du terme « services hôteliers », la Cour fédérale a conclu que le registraire avait commis une erreur parce qu’il avait formulé la mauvaise question—La question n’était pas de savoir si l’on pouvait assimiler la capacité de faire des réservations d’hôtel à l’exploitation d’un hôtel, mais plutôt de savoir quelle était la portée du terme « services hôteliers » dans son sens ordinaire du commerce—Dans les circonstances, la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en concluant que le fait que le registraire n’a pas reconnu le seul élément de preuve direct dont il disposait quant au sens ordinaire du commerce du terme « services hôteliers » constituait une omission importante justifiant l’intervention de la Cour fédérale—En ce qui concerne le fait que le registraire s’est fondé sur « L’examen des marques de commerce : Manuel des marchandises et services » pour interpréter le sens d’un enregistrement datant de 1988, la Cour fédérale a eu raison de dire que le registraire a commis une erreur en interprétant la portée d’un enregistrement de l’ère

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

at Waldorf Astoria hotel—While error palpable, obvious, not overriding since not determinative of outcome of case—Appeal dismissed.

### **Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (F.C.A.) . . . . . 374**

Copyright—Communication to the public by telecommunication—Judicial reviews challenging Copyright Board’s decision to interpret *Copyright Act*, s. 2.4(1.1) in a way that deems making work available to public a “communication to the public” within Act, s. 3(1)(f)—Respondent Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) filing with Board proposed tariffs for communication to public by telecommunication of works through online music service—S. 2.4(1.1) later added to Act—Supreme Court in *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (Entertainment Software Association)* holding that transmission over Internet of musical work resulting in download of that work not communication by telecommunication—SOCAN arguing that s. 2.4(1.1) rendering *Entertainment Software Association* irrelevant—Board accepting SOCAN’s position—Whether Board properly interpreting Act, s. 2.4(1.1)—Board’s decision could not stand—Board constrained by *Entertainment Software Association, Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada* concerning meaning of “communication to the public by telecommunication”—Preamble to *Copyright Modernization Act* not supporting interpretation reached by Board—Rather, evidence suggesting that s. 2.4(1.1) narrow, limited-purpose provision—Supreme Court in *Entertainment Software Association* concluding that “communicate” in Act, s. 3(1)(f) not capturing

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

pré-Internet à la lumière du libellé de la version actuelle du Manuel—Le terme « services » n’est pas défini dans la Loi, et il doit être interprété de manière libérale—La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en concluant que le terme « services hôteliers » incluait des services accessoires et autres, tels que les services de réservation ou de paiement—L’appelante n’a pas établi que la Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que des personnes au Canada ont profité d’avantages importants au pays grâce à la prestation des services hôteliers de l’intimée; en concluant que l’emploi de la marque WALDORF ASTORIA avait été établi—Toutefois, la Cour fédérale a commis une erreur relativement aux avantages que semblaient avoir reçus les personnes au Canada dans le cadre du programme de fidélisation HILTON HHONORS—La preuve n’indiquait nulle part que les points de fidélité sont gagnés au moment où la chambre d’hôtel est réservée plutôt qu’au moment où le client séjourne effectivement dans un hôtel Waldorf Astoria—Il s’agissait d’une erreur manifeste et évidente, mais elle n’était pas dominante, car l’erreur n’était pas déterminante pour l’issue de l’affaire—Appel rejeté.

### **Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (C.A.F.) . . . . . 374**

Droit d’auteur—Communication au public par télécommunication—Contrôles judiciaires remettant en question la décision de la Commission du droit d’auteur d’interpréter l’art. 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d’auteur* d’une manière qui fait en sorte que l’acte de mettre une œuvre à la disposition du public revient à la « communiquer au public » au sens de l’art. 3(1)(f) de cette loi—La Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), défenderesse, a déposé un projet de tarif à la Commission à l’égard de la communication au public par télécommunication d’œuvres de son répertoire au moyen d’un service de musique en ligne—L’art. 2.4(1.1) a par la suite été ajouté à la Loi—La Cour suprême dans l’arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (Entertainment Software Association)* a jugé que la transmission par Internet d’une œuvre musicale qui mène au téléchargement de cette œuvre n’était pas une communication par télécommunication—La SOCAN a fait valoir que l’art. 2.4(1.1) rendait l’arrêt *Entertainment Software Association* non pertinent—La Commission a accepté le point de vue de la SOCAN—Il s’agissait de savoir si la Commission a bien interprété l’art. 2.4(1.1) de la Loi—La décision de la Commission ne pouvait être maintenue—La Commission était limitée par les décisions *Entertainment Software Association* et *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* au sujet du sens de l’expression « communiquer au

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

downloads of copyrighted works—Only clear legislative text in s. 2.4(1.1) could support Board’s position—Board’s interpretation broadening communication by telecommunication to include preparatory steps (making available) for downloads—S. 2.4(1.1) not creating new exclusive right —Contrary to policy of Act to establish tariff on preparatory step—No basis here to justify payment of two separate fees—Board’s decision quashed —Applications allowed.

International Law—Domestic implementation—Interrelationship between international law and domestic law—*WIPO Copyright Treaty*—Copyright Board interpreting *Copyright Act*, s. 2.4(1.1) in a way that deems making work available to public a “communication to the public” within Act, s. 3(1)(f)—Supreme Court in *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (Entertainment Software Association)* holding that transmission over Internet of musical work resulting in download of that work not communication by telecommunication—SOCAN arguing that s. 2.4(1.1) rendering *Entertainment Software Association* irrelevant—Board accepting SOCAN’s position—Stating contrary position not complying with Canada’s international obligations set out in *WIPO Copyright Treaty* (Treaty), Art. 8—Board misunderstanding relationship between Canadian domestic, international law—Board interpreting Treaty, Art. 8, making Act, s. 2.4(1.1) conform to that interpretation—To be binding, international instruments having to be adopted by Parliament—While international instruments not adopted by Parliament may still enter into analysis of domestic legislation, international law cannot be used to displace or amend authentic meaning of that legislation—Board’s treatment of Art. 8 misuse of international law.

Construction of Statutes—Copyright Board (Board) interpreting *Copyright Act* (Act), s. 2.4(1.1) in a way that deems making work available to public a “communication to the public” within

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

public, par télécommunication, une œuvre »—Le préambule de la *Loi sur la modernisation du droit d’auteur* n’étaye pas l’interprétation à laquelle est parvenue la Commission—La preuve semblait plutôt indiquer que l’art. 2.4(1.1) est une disposition étroite à objet limité—Dans la décision *Entertainment Software Association*, la Cour suprême a conclu que le mot « communiquer » à l’art. 3(1)(f) de la Loi ne visait pas les téléchargements d’œuvres protégées par le droit d’auteur—Il faudrait que l’art. 2.4(1.1) ait un libellé clair pour qu’il étaye la thèse de la Commission—L’interprétation de la Commission a élargi le sens de la communication par télécommunication pour inclure les étapes préparatoires (la mise à la disposition) aux téléchargements—L’art. 2.4(1.1) ne crée pas un nouveau droit exclusif—Il serait contraire au régime de la loi d’établir un tarif pour un acte préparatoire—Rien ne justifiait dans la présente affaire le paiement de deux redevances distinctes—La décision de la Commission a été annulée—Demandes accueillies.

Droit international—Mise en œuvre au pays—Liens entre le droit national canadien et le droit international—*Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur*—La Commission du droit d’auteur a interprété l’art. 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d’auteur* d’une manière qui fait en sorte que l’acte de mettre une œuvre à la disposition du public revient à la « communiquer au public » au sens de l’art. 3(1)(f) de cette loi—Dans l’arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (Entertainment Software Association)*, la Cour suprême a jugé que la transmission par Internet d’une œuvre musicale qui mène au téléchargement de cette œuvre n’est pas une communication par télécommunication—La SOCAN a fait valoir que l’art. 2.4(1.1) rendait l’arrêt *Entertainment Software Association* non pertinent—La Commission a accepté le point de vue de la SOCAN—La position contraire ne serait pas conforme aux obligations internationales du Canada énoncées à l’art. 8 du *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur* (le Traité)—La Commission a mal compris les liens entre le droit national canadien et le droit international—La Commission a interprété l’art. 8 du Traité, puis a rendu l’art. 2.4(1.1) conforme à cette interprétation—Pour être exécutoires, les instruments internationaux doivent être adoptés par le législateur—Si les instruments internationaux qui ne sont pas adoptés par le législateur peuvent quand même faire partie de l’analyse d’une loi nationale, le droit international ne peut servir à écarter ou modifier le sens véritable de la loi nationale—La façon dont la Commission a traité l’art. 8 était un mauvais usage du droit international.

Interprétation des lois—La Commission du droit d’auteur (Commission) a interprété l’art. 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d’auteur* (Loi) d’une manière qui fait en sorte que l’acte de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Act, s. 3(1)(f)—Supreme Court in *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (Entertainment Software Association)* holding that transmission over Internet of musical work resulting in download of that work not communication by telecommunication—SOCAN arguing that s. 2.4(1.1) rendering *Entertainment Software Association* irrelevant—Board accepting SOCAN’s position—Stating contrary position not complying with Canada’s international obligations set out in *WIPO Copyright Treaty (Treaty)*, Art. 8—Board interpreting Art. 8 as intending to provide protection for act of making work available by telecommunication even where there was no transmission to public—Board’s decision suffering from misunderstanding of relationship between domestic, international law—One must always start by discerning authentic meaning of domestic law—International instruments can only enter into analysis of text, context, purpose of legislation in specific ways for specific purposes—Court having to give legislation its authentic meaning if legislation clear, even if conflicting with international law—International law cannot displace or amend authentic meaning of domestic legislation—This applying to administrative decision makers as well as to courts—Presence of international law not invitation to depart from normal, accepted method of interpreting legislation—Board’s treatment of Art. 8 not legally acceptable methodology.

### **Canadian Security Intelligence Services Act (Re) (F.C.)** ..... 417

Security Intelligence—Matter arising from application by Canadian Security Intelligence Service (the Service) for warrants under *Canadian Security Intelligence Service Act (CSIS Act)*, ss. 12, 21 in furtherance of its investigation of Islamist terrorism—Illegally collected information surfacing in warrant applications—Service’s commitment, ability to comply with duty of candour called into question—Service paying individual known to facilitate or carry out terrorism—Additional instances of potential illegality reported—Assessment by counsel for Service concluding Service probably engaging in illegal activity—Service not notifying Court of likely illegality—Service nevertheless putting information collected through illegal collection before Court in support of warrant applications—Attorney General of Canada submitting, *inter alia*, that Court should not automatically exclude illegally

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

mettre une œuvre à la disposition du public revient à la « communiquer au public » au sens de l’art. 3(1)f) de cette loi— Dans l’arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (Entertainment Software Association)*, la Cour suprême a jugé que la transmission par Internet d’une œuvre musicale qui mène au téléchargement de cette œuvre n’est pas une communication par télécommunication—La SOCAN a fait valoir que l’art. 2.4(1.1) rendait l’arrêt *Entertainment Software Association* non pertinent—La Commission a accepté le point de vue de la SOCAN—La position contraire ne serait pas conforme aux obligations internationales du Canada énoncées à l’art. 8 du *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur (le Traité)*—La Commission a interprété l’art. 8 comme visant à protéger la mise à la disposition d’une œuvre par télécommunication, même en l’absence de transmission au public—La décision de la Commission a démontré une mauvaise compréhension des liens entre le droit national canadien et le droit international—Il faut toujours commencer par discerner le sens véritable du droit national—Les instruments internationaux peuvent faire partie de l’analyse du texte, du contexte et de l’objet de la loi, mais uniquement de manière précise et dans un but précis—La Cour doit donner son sens véritable à la loi si elle conclut que celle-ci est claire, même en cas de conflit avec le droit international—Le droit international ne peut servir à écarter ou modifier le sens véritable de la loi nationale—Ces principes s’appliquent aux décideurs administratifs ainsi qu’aux tribunaux judiciaires—La présence du droit international ne nous invite pas à nous écarter de la méthode normale et acceptée d’interprétation des lois—La façon dont la Commission a traité l’art. 8 n’était pas une méthode juridique acceptable.

### **Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité) (Re) (C.F.)** ..... 417

Renseignement de sécurité—Affaire découlant de la demande de mandats faite par le Service canadien du renseignement de sécurité (le Service) en vertu des art. 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Loi sur le SCRS)*, dans le cadre de son enquête sur le terrorisme islamiste—La question de la collecte illégale d’informations a été soulevée dans le cadre des demandes de mandats—La volonté et la capacité du Service de respecter l’obligation de franchise ont été remises en question—Le Service a payé un individu connu pour faciliter ou effectuer des actes de terrorisme—D’autres cas possibles d’illégalité ont été signalés—Une évaluation faite par les avocats du Service a permis de conclure que le Service menait probablement des activités illégales—Le service n’a pas avisé la Cour de cet état de fait—Le Service a néanmoins présenté des informations recueillies dans le cadre

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

obtained information from warrant application—Arguing for flexible standard involving judicial discretion following consideration of various factors—How did candour breach occur; how was it to be addressed?—Whether designated judge may consider, rely on information likely collected in contravention of law—Whether Court may invalidate warrant after it was issued or take other action—Whether, where information excised from application, Court may continue to rely on pre-application consultations, approval requirements in CSIS Act, ss. 7(2), 21(1)—Service breaching duty of candour—Breach resulting from institutional failures; questionable individual decision making contributing to or exacerbating breach—Legal risk assessment framework not misapplied—If activity illegal, cannot proceed—Within context of warrant applications pursuant to CSIS Act, ss. 12, 21, Court may consider information collected in contravention of law—Designated judges having authority to weigh competing interests, factors—Court should consider seriousness of illegal activity, fairness, societal interest in context of overall impact decision to exclude impugned information having on long-term repute of administration of justice—Court having inherent right to review *ex parte* order where new facts having impact on exercise of judicial discretion coming to light—Court’s power to control integrity of its own processes applying in context of warrant applications under CSIS Act — Framework developed by Supreme Court in *R. v. Garofoli* (criminal law context) applying to *ex post facto* review of CSIS Act warrant—Balancing analysis where issue of illegality brought before Court in *ex post facto* review engaging same factors, i.e. seriousness of the illegal activity, fairness, societal interest—Each factor engaging consideration of previously identified subsidiary questions—Approach involving balancing of factors to determine validity of national security warrant in context of candour breach requiring departure from *Garofoli* in this respect—Designated judge should apply *Garofoli*’s “could have issued” standard once excision determination made—However, as in criminal context, designated judge should not strike otherwise valid warrant unless underlying conduct egregious—If automatic excision leading to conclusion warrant could not have issued, designated judge required to engage in full balancing analysis prior to concluding whether warrant could have issued—Court having authority to order remedial measures in respect of invalidated warrant, to take remedial action in respect of information collected under warrant—Requirement under CSIS Act, s. 7(2) that Director of Service consult with Deputy Minister prior to warrant application or renewal fulfilling meaningful function—Disclosure of illegality after completion of consultation, approval process of interest to Minister, Deputy Minister—Open to designated judge to decline to issue warrant until Deputy Minister,

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

d’activités illégales à la Cour en appui à des demandes de mandats—Le procureur général du Canada a soutenu notamment que la Cour ne devrait pas exclure d’emblée, d’une demande de mandats, les informations recueillies illégalement—Il a fait valoir qu’il faudrait une norme souple prévoyant l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire éclairé par la prise en considération de différents facteurs—Il s’agissait principalement de savoir: comment le manquement à l’obligation de franchise s’est produit et comment il fallait remédier à la situation; si un juge désigné peut prendre en considération et s’appuyer sur des informations probablement recueillies illégalement; si la Cour peut invalider le mandat décerné sur la foi de ces informations ou prendre d’autres mesures; si, en cas de suppression d’informations de la demande, la Cour peut encore se fonder sur la consultation et sur l’approbation préalables qu’exigent les art. 7(2) et 21(1) de la Loi sur le SCRS—Le Service a manqué à son obligation de franchise—Le manquement était attribuable à des défaillances organisationnelles; des décisions individuelles discutables ont contribué aux répercussions de ces défaillances ou les ont amplifiées—Le cadre d’évaluation des risques juridiques n’a pas mal été utilisé—Si l’activité est illégale, elle ne peut être menée—Dans le contexte d’une demande de mandats faite en vertu des art. 12 et 21 de la Loi sur le SCRS, la Cour peut tenir compte d’informations recueillies en infraction avec la loi—Les juges désignés ont le pouvoir de mettre en balance des intérêts et des facteurs concurrents—La Cour devrait tenir compte de la gravité de l’acte illégal, de l’équité et de l’intérêt de la collectivité dans l’optique de l’incidence générale qu’aurait à long terme la décision d’exclure les informations contestées sur la considération dont jouit l’administration de la justice—La Cour a le droit inhérent de revoir une ordonnance rendue *ex parte* lorsque, par la suite, sont portés à son attention des faits nouveaux qui auraient pu avoir une incidence sur l’exercice de son pouvoir discrétionnaire—Le pouvoir de la Cour de contrôler l’intégrité de sa propre procédure s’applique dans le contexte des demandes de mandats faites en vertu de la Loi sur le SCRS—Le cadre défini par la Cour suprême dans l’arrêt *R. c. Garofoli* (en droit criminel) s’applique à l’examen a posteriori d’un mandat relevant de la Loi sur le SCRS—L’exercice de mise en balance à effectuer lorsqu’un problème d’illégalité est porté à l’attention de la Cour dans le cadre d’un examen a posteriori met en cause les mêmes facteurs : la gravité de l’acte illégal, l’équité et l’intérêt de la collectivité—Chacun de ces facteurs s’accompagne de l’examen des questions subsidiaires déjà mentionnées—L’approche impliquant la mise en balance de facteurs qui vise à déterminer la validité d’un mandat en matière de sécurité nationale dans le contexte d’un manquement à l’obligation de franchise oblige à s’éloigner de l’arrêt *Garofoli* à cet égard—Après s’être prononcé sur la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Minister notified of illegality—Judgment: Duty of candour owed to Court breached. External review should be initiated.

## SOMMAIRE (Fin)

suppression d'informations, le juge désigné devrait appliquer le critère énoncé dans l'arrêt *Garofoli*, selon lequel les mandats « auraient pu être décernés »—Cependant, comme dans un contexte criminel, le juge désigné ne devrait pas annuler un mandat valide, à moins qu'il soit question d'une inconduite particulièrement grave—Si la suppression automatique mène à la conclusion que le mandat n'aurait pas pu être décerné, le juge désigné devrait être tenu d'effectuer un exercice de mise en balance exhaustif avant de trancher la question de façon définitive—La Cour a le pouvoir d'ordonner des mesures correctives relativement à un mandat invalidé et celui de prendre des mesures correctives quant aux informations recueillies en vertu de ce mandat—Avant de présenter une demande de mandats ou de demander le renouvellement d'un mandat, le directeur du Service doit consulter le sous-ministre conformément à l'art. 7(2) de la Loi sur le SCRS, ce qui est une fonction porteuse de sens—La révélation d'un problème d'illégalité après coup serait une information d'intérêt pour le ministre et le sous-ministre impliqués dans le processus de consultation et d'approbation—Le juge désigné a la latitude de refuser la délivrance d'un mandat jusqu'à ce que le sous-ministre et le ministre aient été mis au courant de l'illégalité—Jugement : L'obligation de franchise envers la Cour n'a pas été respectée. Un examen externe devrait être effectué.



## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Bafakih v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 689, [2020] 4 F.C.R. 143, has been affirmed on appeal (*Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Ahmed*, A-216-20, 2022 FCA 18). The reasons for judgment, handed down February 1, 2022, will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Canadian Security Intelligence Services Act (Re)*, 2020 FC 616, [2021] 1 F.C.R. 417, has been reversed on appeal (A-150-20, 2021 FCA 92). The reasons for judgment, handed down May 12, 2021, will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Fédération des francophones de la Colombie-Britannique v. Canada (Employment and Social Development)*, 2018 FC 530, [2019] 1 F.C.R. 243, has been reversed in part on appeal (A-182-18, A-186-18, 2022 FCA 14). The reasons for judgment, handed down January 28, 2022, will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Goodman v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 FC 1569, [2020] 3 F.C.R. 143, has been affirmed on appeal (A-7-20, 2022 FCA 21). The reasons for judgment, handed down February 7, 2022, will be published in the *Federal Courts Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for leave to appeal*

*Aziz v. Canada (Human Rights Commission)*, A-313-20, 2021 FCA 14, Locke J.A., judgment dated January 27, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused January 20, 2022.

*Blue Bridge Trust Company Inc. v. Canada (National Revenue)*, A-241-20, 2021 FCA 62, Rivoalen J.A., judgment dated March 24, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused December 16, 2021.

*Canada v. Harris*, A-175-19, 2020 FCA 124, Woods J.A., judgment dated July 21, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused January 20, 2022.

*Canada (Attorney General) v. Ennis*, A-55-20, 2021 FCA 95, Gleason J.A., judgment dated May 14, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused January 20, 2022.

*Canada (Citizenship and Immigration) v. Canadian Council for Refugees*, A-204-20, 2021 FCA 72, Stratas J.A., judgment dated

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Bafakih c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 689, [2020] 4 R.C.F. 143 a été confirmée en appel (*Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Ahmed*, A-216-20, 2022 CAF 18). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 1<sup>er</sup> février 2022, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2020 CF 616, [2021] 1 R.C.F. 417 a été infirmée en appel (A-150-20, 2021 CAF 92). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 12 mai 2021, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Fédération des francophones de la Colombie-Britannique c. Canada (Emploi et Développement social)*, 2018 CF 530, [2019] 1 R.C.F. 243 a été infirmée en partie en appel (A-182-18, A-186-18, 2022 CAF 14). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 28 janvier 2022, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Goodman c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CF 1569, [2020] 3 R.C.F. 143 a été confirmée en appel (A-7-20, 2022 CAF 21). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 7 février 2022, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

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

*Aziz c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, A-313-20, 2021 CAF 14, le juge Locke, J.C.A., jugement en date du 27 janvier 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 20 janvier 2022.

*Société de fiducie Blue Bridge Inc. c. Canada (Revenu national)*, A-241-20, 2021 CAF 62, la juge Rivoalen, J.C.A., jugement en date du 24 mars 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 16 décembre 2021.

*Canada c. Harris*, A-175-19, 2020 CAF 124, la juge Woods, J.C.A., jugement en date du 21 juillet 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 20 janvier 2022.

*Canada (Procureur général) c. Ennis*, A-55-20, 2021 CAF 95, la juge Gleason, J.C.A., jugement en date du 14 mai, 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 20 janvier 2022.

*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Conseil canadien pour les réfugiés*, A-204-20, 2021 CAF 72, le juge Stratas, J.C.A.,



April 15, 2021, leave to appeal to S.C.C. granted December 16, 2021.

*Danby Products Limited v. Canada (Border Services Agency)*, A-2-20, 2021 FCA 82, Locke J.A., judgment dated April 23, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused January 20, 2022.

*Jack v. McLean*, A-340-19, 2021 FCA 65, Boivin J.A., judgment dated March 31, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused January 27, 2022.

jugement en date du 15 avril 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 16 décembre 2021.

*Danby Products Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, A-2-20, 2021 CAF 82, le juge Locke, J.C.A., jugement en date du 23 avril 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 20 janvier 2022.

*Jack c. McLean*, A-340-19, 2021 CAF 65, le juge Boivin, J.C.A., jugement en date du 31 mars 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 27 janvier 2022.

**Federal Courts  
Reports**

**2021, Vol. 1, Part 2**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2021, Vol. 1, 2<sup>e</sup> fascicule**



2020 FC 770  
IMM-2977-17

2020 CF 770  
IMM-2977-17

**The Canadian Council for Refugees, Amnesty International, The Canadian Council of Churches, ABC, DE [by her litigation guardian ABC], FG [by her litigation guardian ABC]** (*Applicants*)

**Le Conseil canadien pour les réfugiés, Amnistie internationale, le Conseil canadien des églises, ABC, DE [représentée par son tuteur à l'instance ABC], FG [représentée par son tuteur à l'instance ABC]** (*demandeurs*)

v.

c.

**The Minister of Immigration, Refugees and Citizenship and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness** (*Respondents*)

**Le ministre de l'Immigration, des Réfugiés et de la Citoyenneté et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile** (*défendeurs*)

IMM-2229-17

IMM-2229-17

**Nedira Jemal Mustefa** (*Applicant*)

**Nedira Jemal Mustefa** (*demanderesse*)

v.

c.

**The Minister of Immigration, Refugees and Citizenship and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness** (*Respondents*)

**Le ministre de l'Immigration, des Réfugiés et de la Citoyenneté et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile** (*défendeurs*)

IMM-775-17

IMM-775-17

**Mohammad Majd Maher Homs, Hala Maher Homs, Karam Maher Homs, Reda Yassin Al Nahass** (*Applicants*)

**Mohammad Majd Maher Homs, Hala Maher Homs, Karam Maher Homs, Reda Yassin Al Nahass** (*demandeurs*)

v.

c.

**The Minister of Immigration, Refugees and Citizenship and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness** (*Respondents*)

**Le ministre de l'Immigration, des Réfugiés et de la Citoyenneté et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile** (*défendeurs*)

**INDEXED AS: CANADIAN COUNCIL FOR REFUGEES v. CANADA (IMMIGRATION, REFUGEES AND CITIZENSHIP)**

**RÉPERTORIÉ : CONSEIL CANADIEN POUR LES RÉFUGIÉS c. CANADA (IMMIGRATION, RÉFUGIÉS ET CITOYENNETÉ)**

Federal Court, McDonald J.—Toronto, November 4–8, 2019; Ottawa, July 22, 2020.

Cour fédérale, juge McDonald—Toronto, 4 au 8 novembre 2019; Ottawa, 22 juillet 2020.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Consolidated judicial reviews of decisions finding applicants ineligible to make refugee claims in Canada by operation*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Demandes de contrôle judiciaire réunies de décisions selon lesquelles les demandes d'asile des demandeurs au Canada*

*of Safe Third Country Agreement (STCA) — Applicants arriving at Canada land port of entry from U.S. — One applicant returned to U.S., immediately imprisoned — Applicants seeking, inter alia, declarations that Immigration and Refugee Protection Regulations (Regulations), s. 159.3 ultra vires; that s. 159.3 inconsistent with Canada's international obligations under United Nations Convention Relating to the Status of Refugees (Refugee Convention), Convention Against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment (Convention Against Torture); that Regulations, s. 159.3, Immigration and Refugee Protection Act (Act), s. 101(1)(e) of no force or effect pursuant to Constitution Act, 1982, s. 52 because they violate Charter, ss. 7, 15 — Applicants arguing, inter alia, U.S. not safe third country, factors in Act, s. 102(2),(3) not met — As to Charter, arguing there is causal connection between Canada's adherence to STCA, deprivation of Charter, s. 7 rights — Meaningful analysis of U.S. compliance with Refugee Convention, human rights standards lacking — Whether Regulations, s. 159.3 ultra vires of Act — Whether STCA infringing Charter, ss. 7, 15 — Regulations, s. 159.3 not ultra vires Act — That issue determined by Federal Court of Appeal in Canadian Council for Refugees v. Canada — Court in Canadian Council for Refugees holding that vires of Regulations not to be assessed on basis of facts, events or developments arising after promulgation thereof (i.e. December 29, 2004) — Canadian Council for Refugees binding on vires issue herein — Applicants not meeting threshold to revisit binding nature of that decision — With respect to Charter issues, provisions enacting STCA infringing Charter, s. 7 — Actions of Canadian officials in returning ineligible STCA claimants to U.S. officials facilitating process resulting in detention — Limitation on liberty, security of the person not in accordance with principles of fundamental justice — STCA overbroad, effects of ineligibility finding thereunder disproportionate — Charter s. 7 infringement not justified under Charter s. 1 — No need to address Charter, s. 15 challenge — Questions certified — Applications allowed.*

*étaient irrecevables aux termes de l'Entente sur les tiers pays sûrs (ETPS) — Les demandeurs sont arrivés à un point d'entrée terrestre canadien en provenance des États-Unis — Une demanderesse a été renvoyée aux États-Unis où elle a été immédiatement emprisonnée — Les demandeurs ont demandé notamment des déclarations selon lesquelles l'art. 159.3 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (Règlement) est ultra vires et selon lesquelles l'art. 159.3 est incompatible avec les obligations internationales du Canada aux termes de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés (Convention sur les réfugiés) et de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradés (Convention contre la torture); des déclarations selon lesquelles l'art. 159.3 du Règlement et l'art. 101(1)e de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (Loi) sont inopérants en application de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982, car ils violent les art. 7 et 15 de la Charte — Les demandeurs ont fait valoir notamment que les États-Unis ne sont pas un tiers pays sûr; que les facteurs énoncés aux art. 102(2) et (3) de la Loi n'ont pas été remplis — En ce qui concerne la Charte, ils ont soutenu qu'il existe un lien de causalité entre l'adhésion du Canada à l'ETPS et la violation des droits garantis par l'art. 7 de la Charte — Il y a eu un manque d'analyse significative quant au respect par les États-Unis de la Convention sur les réfugiés et des normes internationales en matière de droits de la personne — Il s'agissait de savoir si l'art. 159.3 du Règlement est ultra vires de la Loi — Il s'agissait de savoir si l'ETPS viole les art. 7 et 15 de la Charte — L'art. 159.3 du Règlement n'est pas ultra vires de la Loi — Cette question a été tranchée par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada — La Cour dans l'affaire Conseil canadien pour les réfugiés a déclaré que la légalité du Règlement ne pouvait pas être évaluée sur la foi de faits survenus après la date de la prise du Règlement (le 29 décembre 2004) — La Cour en l'espèce était liée par l'arrêt Conseil canadien pour les réfugiés sur la question de la légalité — Les demandeurs n'ont pas satisfait au critère nécessaire au réexamen du caractère obligatoire de cette décision — En ce qui concerne les questions touchant la Charte, les dispositions édictant l'ETPS violent les droits garantis par l'art. 7 de la Charte — Les actes des fonctionnaires canadiens, à savoir le renvoi des demandeurs dont la demande d'asile a été jugée irrecevable au titre de l'ETPS aux autorités américaines, participent à un processus qui mène à la détention — La restriction de la liberté et de la sécurité de la personne n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale — L'ETPS a une portée excessive, et l'effet de ne pas pouvoir présenter de demande d'asile au titre de l'ETPS est disproportionné — La violation des droits garantis par l'art. 7 de la Charte n'était pas justifiée sous le régime de l'article premier de la Charte — Il n'était pas nécessaire de répondre à la contestation fondée sur l'art. 15 de la Charte — Des questions ont été certifiées — Demandes accueillies.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Applicants found to be ineligible to make refugee claims by operation of Safe Third Country Agreement (STCA) — One applicant returned to U.S., immediately imprisoned — Applicants seeking, inter alia, declarations that Immigration and Refugee Protection Regulations (Regulations), s. 159.3, Immigration and Refugee Protection Act (Act), s. 101(1)(e) of no force or effect pursuant to Constitution Act, 1982, s. 52 because they violate Charter, ss. 7, 15 — Arguing causal connection existing between Canada’s adherence to STCA, deprivation of Charter, s. 7 rights — Whether STCA infringing Charter, ss. 7, 15 — Provisions enacting STCA infringing guarantees in Charter, s. 7 — Issue in relation to s. 7 whether, in returning ineligible STCA claimants to U.S. authorities where they will be imprisoned, sufficient causal connection existing so as to engage liberty, security of person interests — Fact that STCA returnees imprisoned by U.S. authorities not immunizing actions of Canadian officials from consideration — Canada not “passive participant” — Actions of Canadian officials facilitating process that results in detention — Applicant Nedira Jemal Mustefa’s imprisonment illustration of limitation on liberty flowing directly from finding of ineligibility under Act, s. 101(1)(e) — This sufficient to establish that s. 7 liberty rights engaged — Rights of refugee claimants more than minimally impaired by STCA, deleterious effects not proportional to salutary effects — STCA legislation overbroad — Applicants here having had no consideration of their risks or substance of their refugee claim — Risks of detention, loss of security grossly disproportional to administrative benefits of STCA — Impact of being found ineligible under STCA grossly disproportionate, out of sync with objective of legislation — Penalization of simple act of making refugee claim not in keeping with spirit or intention of STCA — S. 7 infringement not justified under Charter, s. 1 — In light of these conclusions, no need to address Charter, s. 15 challenge.*

These were consolidated applications for judicial review of decisions finding the applicants were ineligible to make refugee claims in Canada by operation of the Safe Third Country Agreement (STCA).

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Les demandes d’asile des demandeurs ont été jugées irrecevables aux termes de l’Entente sur les tiers pays sûrs (ETPS) — Une demanderesse a été renvoyée aux États-Unis où elle a été immédiatement emprisonnée — Les demandeurs ont demandé notamment des déclarations selon lesquelles l’art. 159.3 du Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés (Règlement) et l’art. 101(1)e de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (Loi) sont inopérants en application de l’art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982, car ils violent les art. 7 et 15 de la Charte — Ils ont soutenu qu’il existe un lien de causalité entre l’adhésion du Canada à l’ETPS et la violation des droits garantis par l’art. 7 de la Charte — Il s’agissait de savoir si l’ETPS viole les art. 7 et 15 de la Charte — Les dispositions édictant l’ETPS violent les droits garantis par l’art. 7 de la Charte — La question qui se posait en relation avec l’art. 7 était de savoir si le renvoi des demandeurs dont la demande d’asile a été jugée irrecevable au titre de l’ETPS aux États-Unis, où ils seront emprisonnés, constitue un lien de causalité suffisant pour mettre en jeu le droit à la liberté et à la sécurité de la personne — Le fait que les rapatriés au titre de l’ETPS sont emprisonnés par les autorités américaines ne libère pas les actes des fonctionnaires canadiens de toute considération — Le Canada n’est pas un « acteur passif » — Les actes des fonctionnaires canadiens participent à un processus qui mène à la détention — L’emprisonnement de la demanderesse Jemal Mustefa illustre l’atteinte à la liberté qui découle directement d’un constat d’irrecevabilité au titre de l’art. 101(1)e de la Loi — Cela était suffisant pour établir que le droit à la liberté garanti par l’art. 7 est en jeu — L’atteinte aux droits des demandeurs d’asile par l’ETPS était plus que minimale et les effets préjudiciables n’étaient pas proportionnels aux effets bénéfiques — L’ETPS a une portée excessive — En l’espèce, les demandeurs n’ont fait l’objet d’aucune évaluation de leurs risques ou du bien-fondé de leur demande d’asile — Les risques de détention et d’atteinte à la sécurité de la personne sont totalement disproportionnés par rapport aux avantages administratifs de l’ETPS — L’effet de ne pas pouvoir présenter de demande d’asile au titre de l’ETPS est totalement disproportionné et sans rapport aucun avec l’objectif de la loi — L’imposition d’une sanction pour le simple fait d’avoir demandé le statut de réfugié n’est pas conforme à l’esprit ou à l’intention de l’ETPS — La violation des droits garantis par l’art. 7 de la Charte n’était pas justifiée sous le régime de l’article premier de la Charte — Étant donné cette conclusion, il n’était pas nécessaire de répondre à la contestation fondée sur l’art. 15 de la Charte.*

Il s’agissait de demandes de contrôle judiciaire réunies de décisions selon lesquelles les demandes d’asile des demandeurs au Canada étaient irrecevables aux termes de l’Entente sur les tiers pays sûrs (ETPS).



The applicants, citizens of El Salvador, Ethiopia and Syria, arrived at a Canada land port of entry from the U.S. Their refugee claims were related to gang violence and gender-based persecution. They argued, *inter alia*, that the Canadian government failed in its duty to review the ongoing designation of the U.S. as a “safe third country” as required by subsections 102(2) and 102(3) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act). One applicant, Nedira Jemal Mustefa, was returned to the U.S. where she was immediately imprisoned. The applicants also argued that the legislation implementing the STCA is contrary to sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter). The applicants sought an order that their claims for refugee protection be found eligible and referred to the Refugee Protection Division for determination; a declaration that section 159.3 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations) is *ultra vires* or otherwise unlawful, a declaration that section 159.3 of the Regulations is inconsistent with Canada’s international obligations under the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* (Refugee Convention) and the *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment* (Convention Against Torture); and declarations that both section 159.3 of the Regulations and paragraph 101(1)(e) of the Act are of no force or effect pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982*, because they violate section 7 and subsection 15(1) of the Charter. The applicants argued, *inter alia*, that the ongoing designation of the U.S. as a safe third country is inconsistent with the statutory purpose and the statutory grant of power. According to the applicants, based on the evidence of violations by the U.S. of the Refugee Convention, the U.S. is not a safe third country. They submitted that the factors outlined in subsections 102(2) and (3) of the Act are conditions precedent that have not been met. They also argued that there was a lack of meaningful analysis of the U.S. compliance with the Refugee Convention and international human rights standards. As to their Charter arguments, the applicants argued, *inter alia*, that there is a causal connection between Canada’s adherence to the STCA and the deprivation of section 7 Charter rights because failed STCA applicants are imprisoned upon their return to the U.S.

The main issues were whether section 159.3 of the Regulations is *ultra vires* of the Act, and whether the STCA infringes sections 7 and 15 of the Charter.

*Held*, the applications should be allowed.

Les demandeurs, qui sont des citoyens du Salvador, de l’Éthiopie et de la Syrie, sont arrivés à un point d’entrée terrestre canadien en provenance des États-Unis. Leurs demandes d’asile étaient liées à la violence des gangs et à la persécution sexospécifique. Ils ont fait valoir, notamment, que le gouvernement canadien a manqué à son obligation de revoir la désignation actuelle des États-Unis en tant que « tiers pays sûr », comme l’exigent les paragraphes 102(2) et (3) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (Loi). Une demanderesse, Nedira Jemal Mustefa, a été renvoyée aux États-Unis où elle a été immédiatement emprisonnée. Les demandeurs ont fait valoir également que les dispositions législatives mettant en œuvre l’ETPS vont à l’encontre des articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte). Les demandeurs ont demandé une ordonnance annulant l’irrecevabilité de leurs demandes d’asile et renvoyant les demandes à la Section de la protection des réfugiés pour nouvelle décision; une déclaration selon laquelle l’article 159.3 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* (Règlement) est *ultra vires* ou par ailleurs illégal, une déclaration selon laquelle l’article 159.3 du Règlement est incompatible avec les obligations internationales du Canada aux termes de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* (Convention sur les réfugiés) et de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (Convention contre la torture); et des déclarations selon lesquelles l’article 159.3 du Règlement et l’alinéa 101(1)(e) de la Loi sont inopérants en application de l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, car ils violent l’article 7 et le paragraphe 15(1) de la Charte. Les demandeurs ont fait valoir notamment que la désignation actuelle des États-Unis comme tiers pays sûr est incompatible avec l’objet de la loi habilitante et les pouvoirs conférés par celle-ci. Selon les demandeurs, à la lumière des preuves de violations de la Convention sur les réfugiés par les États-Unis, ce pays n’est pas un tiers pays sûr. Ils ont allégué que les facteurs énoncés aux paragraphes 102(2) et (3) de la Loi sont des conditions préalables qui n’ont pas été remplies. Ils ont fait valoir également qu’il y a eu un manque d’analyse significative quant au respect par les États-Unis de la Convention sur les réfugiés et des normes internationales en matière de droits de la personne. En ce qui concerne leurs arguments fondés sur la Charte, les demandeurs ont soutenu notamment qu’il existe un lien de causalité entre l’adhésion du Canada à l’ETPS et la violation des droits garantis par l’article 7, car les demandeurs d’asile dont la demande a été jugée irrecevable en vertu de l’ETPS sont emprisonnés à leur retour aux États-Unis.

Il s’agissait principalement de savoir si l’article 159.3 du Règlement est *ultra vires* de la Loi et si l’ETPS viole les articles 7 et 15 de la Charte.

*Jugement* : les demandes doivent être accueillies.

Section 159.3 of the Regulations is not *ultra vires* of the Act. That issue was determined in *Canadian Council for Refugees v. Canada*, 2008 FCA 229, [2009] 3 F.C.R. 136 (*CCR 2008*). In that decision, the Federal Court of Appeal stated that “[a]n attack aimed at the *vires* of a regulation involves the narrow question of whether the conditions precedent set out by Parliament for the exercise of the delegated authority are present at the time of the promulgation” and that “the *vires* of the Regulations could not be assessed on the basis of facts, events or developments that are subsequent to the date of the promulgation [i.e. December 29, 2004]”. Considering these clear statements, *CCR 2008* was binding herein on the *vires* issue. The applicants did not meet the threshold to revisit that decision.

The provisions enacting the STCA infringe the guarantees in section 7 of the Charter. The issue in relation to section 7 was whether, in returning ineligible STCA claimants to U.S. authorities where they will be imprisoned, there is a sufficient causal connection so as to engage liberty and security of the person interests. A sufficient causal connection is one in which “Canada’s participation is a necessary precondition” to the deprivation and “where the deprivation is an entirely foreseeable consequence of Canada’s participation”. Accordingly, the fact that STCA returnees are imprisoned by U.S. authorities does not immunize the actions of Canadian officials from consideration. Canada Border Services Agency officials are involved in the physical handing over of claimants to U.S. officials. This conduct does not make Canada a “passive participant” and it provides a “sufficient connection” to the offending conduct. The actions of Canadian officials in returning ineligible STCA claimants to U.S. officials facilitate a process that results in detention. The applicant’s imprisonment was a clear illustration of the limitation on liberty flowing directly from a finding of ineligibility under paragraph 101(1)(e) of the Act. Ineligible STCA claimants are returned to the U.S. by Canadian officials where they are immediately and automatically imprisoned by U.S. authorities. This was sufficient to establish that section 7 liberty rights are engaged. The evidence established that the conditions faced by those detained engaged the security of the person interest under section 7 of the Charter. The limitation on liberty and security of the person within the meaning of section 7 was not in accordance with the principles of fundamental justice. The rights of refugee claimants were more than minimally impaired by the STCA and the deleterious effects (detention and threats to security of the person) were not proportional to the salutary effects (administrative efficiency). The legislative objective of the STCA is the sharing of responsibility for the consideration of refugee claims with countries that are signatory to and comply with the relevant articles of the Conventions and have an acceptable human rights record. The legislative objective of “sharing of responsibility” provides the framework for considering whether the legislation is overbroad and disproportionate.

L’article 159.3 du Règlement n’est pas *ultra vires* de la Loi. Cette question a été tranchée dans l’affaire *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2008 CAF 229, [2009] 3 R.C.F. 136 (*CCR 2008*). Dans cette décision, la Cour d’appel fédérale a déclaré que « [l]a contestation de la légalité d’un règlement soulève la question précise de savoir si les conditions préalables à l’exercice du pouvoir délégué qui ont été énoncées par le législateur existent au moment où le règlement est pris » et que « la légalité du Règlement ne pouvait pas être évaluée sur la foi de faits survenus après la date de la prise du Règlement [le 29 décembre 2004] ». Compte tenu des observations claires, la Cour en l’espèce était liée par l’arrêt *CCR 2008* sur la question de la légalité. Les demandeurs n’ont pas satisfait au critère nécessaire au réexamen de cette décision.

Les dispositions édictant l’ETPS violent les droits garantis par l’article 7 de la Charte. La question qui se posait en relation avec l’article 7 était de savoir si le renvoi des demandeurs dont la demande d’asile a été jugée irrecevable au titre de l’ETPS aux États-Unis, où ils seront emprisonnés par les autorités américaines, constitue un lien de causalité suffisant pour mettre en jeu le droit à la liberté et à la sécurité de la personne. Un lien causal suffisant est un lien dans lequel « la participation du Canada est un préalable nécessaire » à l’atteinte et « où cette atteinte est une conséquence parfaitement prévisible de la participation canadienne ». Par conséquent, le fait que les rapatriés au titre de l’ETPS soient emprisonnés par les autorités américaines ne libère pas les actes des fonctionnaires canadiens de toute considération. Les agents de l’ASFC participent au retour physique des demandeurs entre les mains des autorités américaines. Ce comportement ne fait pas du Canada un « acteur passif » et fait en sorte qu’il existe un « lien suffisant » avec les actes répréhensibles. Les actes des fonctionnaires canadiens, à savoir le renvoi des demandeurs dont la demande d’asile a été jugée irrecevable au titre de l’ETPS aux autorités américaines, participent à un processus qui mène à la détention. L’emprisonnement du demandeur illustre bien l’atteinte à la liberté qui découle directement d’un constat d’irrecevabilité au titre de l’alinéa 101(1)e) de la Loi. Les demandeurs dont la demande d’asile a été jugée irrecevable au titre de l’ETPS sont renvoyés aux États-Unis par les fonctionnaires canadiens où ils sont immédiatement et automatiquement emprisonnés par les autorités américaines. Cela était suffisant pour établir que le droit à la liberté garanti par l’article 7 est en jeu. Les éléments de preuve établissaient que les conditions auxquelles sont confrontées les personnes détenues mettaient en jeu le droit à la sécurité de la personne garanti par l’article 7 de la Charte. La restriction de la liberté et de la sécurité de la personne au sens de l’article 7 n’était pas conforme aux principes de justice fondamentale. L’atteinte aux droits des demandeurs d’asile par l’ETPS était plus que minimale et les effets préjudiciables (détention et menaces à la sécurité de la personne) n’étaient pas proportionnels aux effets bénéfiques (efficacité administrative). L’objectif législatif de l’ETPS est le partage de la responsabilité

The STCA legislation is overbroad as the deprivation of the liberty rights of STCA returnees (their detention in the U.S.) has no connection to the “mischief contemplated by the legislature” (sharing responsibility for refugees with a country that complies with the Conventions). Cases such as *Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)* that have held that section 7 interests are not engaged at the removals stage are distinguishable from the facts in these applications. Here, the applicants have had no consideration of their risks or the substance of their refugee claim because of the STCA. The immediate consequence to ineligible STCA claimants is that they will be imprisoned solely for having attempted to make a refugee claim in Canada. The “sharing of responsibility” objective of the STCA should entail some guarantee of access to a fair refugee process. As to disproportionality, the question was whether the evidence of the impact of the STCA demonstrated that the Charter deprivation was “out of sync” with the objectives of the legislation. Ms. Mustefa’s evidence, and the evidence of the ten anonymized affiants, established that imprisonment flows automatically from a finding of ineligibility under the STCA. The risks of detention and loss of security of the person, which are facilitated by the STCA, are grossly disproportional to the administrative benefits of the STCA. The impact of being found ineligible under the STCA is grossly disproportionate, and out of sync with the objective of the legislation. Gross disproportionality can be established based upon the impact on a single person. Here, Ms. Mustefa’s evidence alone met this test and was sufficient to “shock the conscience”. The evidence clearly demonstrated that those returned to the U.S. by Canadian officials are detained as a penalty. The penalization of the simple act of making a refugee claim is not in keeping with the spirit or the intention of the STCA or the foundational Conventions upon which it was built. The section 7 infringement was not justified under section 1 of the Charter. In light of the conclusion that the STCA infringed section 7 of the Charter, there was no need to address the section 15 Charter challenge.

The applications were allowed. Paragraph 101(1)(e) of the Act and section 159.3 of the Regulations were declared invalid. Questions were certified as to whether the designation of the U.S. as a “safe third country” under paragraph section 159.3 of

de l’examen des demandes d’asile avec des pays signataires qui se conforment aux articles pertinents des Conventions et qui ont des antécédents acceptables en matière de respect des droits de la personne. L’objectif législatif de « partage des responsabilités » fournit le cadre permettant d’examiner si la disposition législative est disproportionnée ou si sa portée est trop grande. Les dispositions législatives de l’ETPS ont une portée excessive, car la privation du droit à la liberté des rapatriés au titre de l’ETPS (leur détention aux États-Unis) n’a aucun lien avec le « mal qu’avait à l’esprit le législateur » (le partage des responsabilités relativement aux réfugiés avec un pays qui respecte les Conventions). Les faits dans des décisions comme l’arrêt *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, qui ont statué que l’article 7 n’entre pas en jeu au moment du renvoi du Canada, sont différents de ceux des présentes demandes. En l’espèce, les demandeurs n’ont fait l’objet d’aucune évaluation de leurs risques ou du bien-fondé de leur demande d’asile en raison de l’ETPS. La conséquence immédiate pour les demandeurs dont la demande d’asile a été jugée irrecevable au titre de l’ETPS est l’emprisonnement, et ce, uniquement pour avoir tenté de présenter une demande d’asile au Canada. L’objectif de « partage des responsabilités » de l’ETPS devrait comprendre une certaine garantie d’accès à un processus de détermination du statut de réfugié équitable. En ce qui concerne la disproportion, la question était de savoir si la preuve de l’effet de l’ETPS a démontré que la privation de la Charte était « sans rapport aucun » avec les objectifs de la loi. Le témoignage de M<sup>me</sup> Mustefa et celui des dix déposants anonymes ont démontré que l’emprisonnement découle automatiquement d’un constat d’irrecevabilité au titre de l’ETPS. Les risques de détention et d’atteinte à la sécurité de la personne, qui sont facilités par l’ETPS, sont totalement disproportionnés par rapport aux avantages administratifs de l’ETPS. L’effet de ne pas pouvoir présenter de demande d’asile au titre de l’ETPS est totalement disproportionné et sans rapport aucun avec l’objectif de la loi. La disproportion totale peut être établie en fonction de l’effet sur une seule personne. En l’espèce, le témoignage de M<sup>me</sup> Mustefa a satisfait à lui seul à ce critère et a suffi à « choqu[er] la conscience ». La preuve a clairement démontré que les personnes renvoyées aux États-Unis par des fonctionnaires canadiens sont détenues à titre de sanction. L’imposition d’une sanction pour le simple fait d’avoir demandé le statut de réfugié n’est pas conforme à l’esprit ou à l’intention de l’ETPS ou des Conventions à l’origine de sa création. La violation des droits garantis par l’article 7 n’était pas justifiée sous le régime de l’article premier de la Charte. Étant donné la conclusion selon laquelle l’ETPS violait l’article 7 de la Charte, il n’était pas nécessaire de répondre à la contestation fondée sur l’article 15 de la Charte.

Les demandes ont été accueillies. L’alinéa 101(1)(e) de la Loi et l’article 159.3 du Règlement ont été déclarés inopérants. Les questions de savoir si la désignation des États-Unis comme « tiers pays sûr » au titre de l’article 159.3 du Règlement est

Regulations is *ultra vires* the Act, and whether the combined effect of paragraph 101(1)(e) and section 159.3 violate subsection 15(1) and/or section 7 of the Charter.

*ultra vires* de la Loi et si l'effet combiné de l'alinéa 101(1)e) et de l'article 159.3 entraîne une violation du paragraphe 15(1) et/ou de l'article 7 de la Charte ont été certifiées.

## 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, 7, 15.  
*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.  
 Exec. Order No. 13769, 60 Fed. Reg. 8977 (2017) (U.S.)  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, Sch.  
*Immigration and Nationality Act* (INA), 8 U.S.C. (2006).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001 c. 27, ss. 44, 101, 102.  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 159.3, 159.5(b)(ii).  
 Order in Council P.C. 2004-1158.  
 Order in Council P.C. 2015-0809.

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries*, December 5, 2002, [2004] Can. T.S. No. 2.  
*Convention Against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36, Art. 3.  
*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. 33.

## CASES CITED

## FOLLOWED:

*Canadian Council for Refugees v. Canada*, 2008 FCA 229, [2009] 3 F.C.R. 136.

## APPLIED:

*White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R.

## 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, 7, 15.  
 Décret C.P. 2004-1158.  
 Décret C.P. 2015-0809.  
 Exec. Order No. 13769, 60 Fed. Reg. 8977 (2017) (É.-U.).  
*Immigration and Nationality Act* (INA), 8 U.S.C. (2006).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 44, 101, 102.  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 159.3, 159.5b(ii).  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, ann.

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugiés présentées par des ressortissants de pays tiers*, 5 décembre 2002, [2004] R.T. Can. n° 2.  
*Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36, art. 3.  
*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. 33.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION SUIVIE :

*Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2008 CAF 229, [2009] 3 R.C.F. 136.

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Suresh*

1101; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 674.

## DISTINGUISHED:

*Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 34, [2020] 1 F.C.R. 700.

## CONSIDERED:

*Canadian Council for Refugees v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2017 FC 1131; *Canadian Council for Refugees v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 396; *Canadian Council for Refugees v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2019 FC 285; *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635; *Matter of A-B-*, 22 I&N 318 (A.G. 2018); *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810; *Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106, (1983), 143 D.L.R. (3d) 577; *Wildlands League v. Ontario (Natural Resources and Forestry)*, 2016 ONCA 741, *sub nom. Wildlands League v. Ontario Lieutenant Governor in Council*, 134 O.R. (3d) 450; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Revell v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 262, [2020] 2 F.C.R. 355.

## REFERRED TO:

*Canadian Council for Refugees v. Canada*, 2007 FC 1262, [2008] 3 F.C.R. 606; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Brant Dairy Co. v. Milk Commission of Ontario*, [1973] S.C.R. 131, (1972), 30 D.L.R. (3d) 559; *Morton v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2015 FC 575, 96 Admin. L.R. (5th) 1; *Kreishan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 223, [2020] 2 F.C.R. 299; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381.

## AUTHORS CITED

Amnesty International Canada and Canadian Council for Refugees. Report "Contesting the Designation of the US as a Safe Third Country" (June 28, 2017).

*c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 700.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2017 CF 1131; *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 396; *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2019 CF 285; *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635; *Matter of A-B-*, 22 I&N 318 (A.G. 2018); *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810; *Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106; *Wildlands League v. Ontario (Natural Resources and Forestry)*, 2016 ONCA 741, *sub nom. Wildlands League v. Ontario Lieutenant Governor in Council*, 134 O.R. (3d) 450; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Revell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 262, [2020] 2 R.C.F. 355.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2007 CF 1262, [2008] 3 R.C.F. 606; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Brant Dairy Co. c. Milk Commission of Ontario*, [1973] R.C.S. 131; *Morton c. Canada (Pêches et Océans)*, 2015 CF 575; *Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 223, [2020] 2 R.C.F. 299; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381.

## DOCTRINE CITÉE

Amnesty International et le Conseil canadien pour les réfugiés. Rapport « Contester la désignation des États-Unis en tant que tiers pays sûr » (28 juin 2017).



Human Rights Watch, *In the Freezer: Abusive Conditions for Women and Children in US Immigration Holding Cells*, 28 February 2018.

United Nations High Commissioner for Refugees, *Submission by the United Nations High Commissioner for Refugees for the Office of the High Commissioner for Human Rights' Compilation Report – Universal Periodic Review: United States of America*, October 2014.

CONSOLIDATED APPLICATIONS for judicial review of decisions finding the applicants were ineligible to make refugee claims in Canada by operation of the Safe Third Country Agreement. Applications allowed.

#### APPEARANCES

*Andrew Brouwer, Heather Neufeld, Michael A. Bossin, Leigh Salsberg, Erin Simpson, Kate Webster, Prasanna Balasundaram, Joshua Blum and Jared Will* for applicants.  
*Martin Anderson, David Knapp, Charles J. Jubenville, Lucan Gregory and Laura Upans* for respondents.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Legal Aid Ontario Refugee Law Office*, Toronto, for applicants the Canadian Council of Refugees, Amnesty International and the Canadian Council for Churches.  
*Downtown Legal Services*, Toronto, for applicants ABC, DE, FG and Nedira Jemal Mustefa.  
*Jared Will & Associates*, Toronto, for applicants

Mohammad Majd Maher Homs, Hala Maher Homs, Karam Maher Homs and Reda Yassin Al Nahass.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

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

MCDONALD J.:

Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Submission by the United Nations High Commissioner for Refugees for the Office of the High Commissioner for Human Rights' Compilation Report – Universal Periodic Review : United States of America*, Octobre 2014.

Human Rights Watch, *In the Freezer : Abusive Conditions for Women and Children in US Immigration Holding Cells*, 28 février 2018.

DEMANDES RÉUNIES de contrôle judiciaire des décisions selon lesquelles les demandes d'asile des demandeurs au Canada étaient irrecevables aux termes de l'Entente sur les tiers pays sûrs. Demandes accueillies.

#### ONT COMPARU :

*Andrew Brouwer, Heather Neufeld, Michael A. Bossin, Leigh Salsberg, Erin Simpson, Kate Webster, Prasanna Balasundaram, Joshua Blum et Jared Will* pour les demandeurs.  
*Martin Anderson, David Knapp, Charles J. Jubenville, Lucan Gregory et Laura Upans* pour les défendeurs.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Aide juridique Ontario, Bureau du droit des réfugiés*, Toronto, pour les demandeurs le Conseil canadien pour les réfugiés, Amnistie internationale et le Conseil canadien des églises.  
*Downtown Legal Services*, Toronto, pour les demandeurs ABC, DE, FG et Nedira Jemal Mustefa.  
*Jared Will & Associates*, Toronto, pour les demandeurs

Mohammad Majd Maher Homs, Hala Maher Homs, Karam Maher Homs et Reda Yassin Al Nahass.  
*La sous-procureure générale du Canada* pour les défendeurs.

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

LA JUGE MCDONALD :



## Table of Contents

## Table des matières

	Paragraph		Paragraphe
I. INTRODUCTION .....	1	I. INTRODUCTION .....	1
II. FACTUAL BACKGROUND .....	11	II. CONTEXTE FACTUEL.....	11
ABC, DE, and FG (IMM-2977-17)...	11	ABC, DE et FG (IMM-2977-17) ...	11
Ms. Mustefa (IMM-2229-17).....	17	M <sup>me</sup> Mustefa (IMM-2229-17) .....	17
The Al Nahass/ Homsî Family (IMM-775-17).....	21	La famille Al Nahass/Homsî (IMM-775-17).....	21
Public Interest Parties .....	26	Parties d'intérêt public .....	26
III. CONSOLIDATION ORDER.....	27	III. ORDONNANCE DE RÉUNION .....	27
IV. RELIEF SOUGHT .....	28	IV. MESURES DE REDRESSEMENT DEMANDÉES.....	28
V. NOTICE OF CONSTITUTIONAL QUESTION.....	29	V. AVIS D'UNE QUESTION CONSTITUTIONNELLE.....	29
VI. THE EVIDENCE.....	30	VI. LA PREUVE.....	30
Applicants' Evidence .....	31	Preuve des demandeurs.....	31
Respondents' Evidence .....	33	Preuve des défendeurs.....	33
VII. PRELIMINARY MATTERS .....	35	VII. QUESTIONS PRÉLIMINAIRES.....	35
Expert Evidence of Deborah Anker and Karen Musalo .....	36	Témoignage d'expert de Deborah Anker et de Karen Musalo .....	36
Ms. Mustefa's Request to Make New Arguments.....	46	Demande de M <sup>me</sup> Mustefa pour pré- senter de nouveaux arguments.....	46
VIII. ISSUES .....	47	VIII. QUESTIONS EN LITIGE .....	47
IX. STANDARD OF REVIEW.....	48	IX. NORME DE CONTRÔLE .....	48
X. ANALYSIS .....	53	X. ANALYSE .....	53
Is Section 159.3 of the Regulations <i>Ultra Vires</i> ? .....	53	L'article 159.3 du Règlement est-il <i>ultra vires</i> ? .....	53
<i>Statutory and Convention</i> <i>Provisions</i> .....	53	<i>Dispositions des lois et des</i> <i>conventions</i> .....	53
<i>Applicants' Submissions</i> .....	58	<i>Observations des demandeurs ...</i>	58
<i>Designation Inconsistent with</i> <i>Statutory Purpose and Grant</i> <i>of Power</i> .....	59	<i>Désignation incompatible avec</i> <i>l'objet de la loi et les pouvoirs</i> <i>conférés par la loi</i> .....	59
<i>Failure to Satisfy Conditions</i> <i>Precedent</i> .....	66	<i>Défaut de satisfaire aux con-</i> <i>ditions préalables</i> .....	66
<i>Analysis—Ultra Vires</i> .....	71	<i>Analyse — ultra vires</i> .....	71
Does the STCA Violate Section 7 of the Charter?.....	81	L'ETPS viole-t-elle l'article 7 de la Charte? .....	81
<i>Applicants' Submissions</i> .....	82	<i>Observations des demandeurs ...</i>	82
<i>Respondents' Submissions</i> .....	84	<i>Observations des défendeurs ...</i>	84
<i>Analysis</i> .....	85	<i>Analyse</i> .....	85
Is the Section 7 Infringement Justified Under section 1 of the Charter?.....	141	La violation de l'article 7 est-elle justifiée au regard de l'article pre- mier de la Charte? .....	141

Does the STCA Infringe Section 15 of the Charter? .....	151	L'ETPS viole-t-elle l'article 15 de la Charte? .....	151
Should the Court Decline to Consider Ms. Mustefa's Application? .....	155	La Cour devrait-elle refuser d'examiner la demande de M <sup>me</sup> Mustefa? .....	155
XI. CERTIFIED QUESTIONS .....	159	XI. QUESTIONS CERTIFIÉES .....	159
XII. CONCLUSION.....	162	XII. CONCLUSION.....	162

## I. INTRODUCTION

[1] The applicants challenge the validity and the constitutionality of the legislation implementing the *Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America For Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries* [December 5, 2002, [2004] Can. T.S. No. 2] (referred to as the “Safe Third Country Agreement” or “STCA”). The applicants allege that by returning ineligible refugee claimants to the United States (U.S.), Canada exposes them to risks in the form of detention, *refoulement*, and other violations of their rights contrary to 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 or RT) and contrary to the United Nations *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment* [December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36] (CAT, collectively referred to as the Conventions).

[2] The Safe Third Country Agreement is given effect by paragraph 101(1)(e) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001 c. 27 (IRPA), and by section 159.3 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (IRPR or the Regulations) which in 2004 designated the U.S. a “safe third country”.

[3] The Safe Third Country Agreement operates by deeming those who arrive at a Canada land Port of Entry (POE) from the U.S. ineligible to make a refugee claim in Canada. These ineligibility provisions apply to a narrow category of refugee claimants —only those arriving from the U.S. at a Canada land POE. Claimants arriving from the U.S. by air, by sea or between land POEs, are eligible to have their refugee claims referred to the Refugee Protection Division (RPD) for assessment.

## I. INTRODUCTION

[1] Les demandeurs contestent la validité et la constitutionnalité des dispositions législatives mettant en œuvre l'*Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugiés présentées par des ressortissants de pays tiers* [5 décembre 2002, [2004] R.T. Can. n° 2] (l'Entente sur les tiers pays sûrs ou l'ETPS). Les demandeurs allèguent qu'en renvoyant aux États-Unis les demandeurs d'asile dont la demande a été jugée irrecevable, le Canada les expose à des dangers sous forme de détention, de refoulement et d'autres violations de leurs droits, ce qui est contraire à 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) et à la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* [10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36] (la Convention contre la torture) (collectivement, les Conventions).

[2] L'Entente sur les tiers pays sûrs est mise en œuvre par l'alinéa 101(1)e) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) et par l'article 159.3 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le RIPR ou le Règlement) en vertu desquels, en 2004, les États-Unis ont été désignés comme un « pays tiers sûr ».

[3] L'Entente sur les tiers pays sûrs prévoit que les demandes d'asile au Canada des personnes qui arrivent à un point d'entrée terrestre (PDE) canadien en provenance des États-Unis sont considérées comme irrecevables. Ces dispositions d'irrecevabilité s'appliquent à une catégorie étroite de demandeurs d'asile, soit uniquement à ceux qui arrivent des États-Unis à un PDE terrestre canadien. Les demandeurs arrivant des États-Unis par voie aérienne ou maritime ou par d'autres PDE terrestres peuvent voir leur

[4] Each of the individual applicants, who are citizens of El Salvador, Ethiopia, and Syria, arrived at a Canadian land POE from the U.S. and sought refugee protection. The applicants, ABC and her children, are from El Salvador. Their refugee claim relates to gang violence and gender-based persecution. The applicant, Ms. Mustefa is a Muslim woman from Ethiopia who was detained after her attempt to enter Canada from the U.S. The Homsî /Al Nahass applicants are a Muslim family from Syria who left the U.S. following the issuance of the first travel ban by the U.S. government.

[5] While their individual situations vary, each of the applicants sought refugee protection in Canada fearing persecution in their home country. However, because they arrived from the U.S. at a land POE, the applicants were ineligible to make a refugee claim in Canada by operation of the STCA.

[6] Each of the applicants seek judicial review of the ineligibility decisions. ABC and her daughters (DE and FG) obtained a stay of their removal from Canada pending the determination of this judicial review application. The Homsî/Al Nahass family obtained Temporary Resident Permits (TRPs). Ms. Mustefa was returned to the U.S. where she was immediately imprisoned.

[7] The Canadian Council for Refugees (CCR), Amnesty International (AI), and, Canadian Council of Churches (CCC) were granted the right to participate in these applications as public interest parties.

[8] The applicants challenge the STCA on two fronts.

[9] First, they argue that the Canadian government failed in its duty to review the ongoing designation of the U.S. as a “safe third country” as required by subsections 102(2)

demande d’asile renvoyée à la Section de la protection des réfugiés (la SPR) pour examen.

[4] Tous les demandeurs, qui sont des citoyens du Salvador, de l’Éthiopie et de la Syrie, sont arrivés à un PDE terrestre canadien en provenance des États-Unis et ont demandé l’asile. La demanderesse ABC et ses enfants sont originaires du Salvador. Leur demande d’asile est liée à la violence des gangs et à la persécution sexospécifique. La demanderesse, M<sup>me</sup> Mustefa, est une femme musulmane originaire d’Éthiopie qui a été détenue après sa tentative d’entrer au Canada depuis les États-Unis. Les demandeurs dénommés Homsî et Al Nahass sont des membres d’une famille musulmane de Syrie qui a quitté les États-Unis après l’instauration de la première mesure d’interdiction de voyager par le gouvernement américain.

[5] Bien que leurs situations individuelles soient différentes, chacun des demandeurs a demandé l’asile au Canada par crainte d’être persécuté dans son pays d’origine. Toutefois, parce que les demandeurs sont arrivés à un PDE terrestre en provenance des États-Unis, leur demande d’asile au Canada était irrecevable aux termes de l’ETPS.

[6] Chacun des demandeurs sollicite le contrôle judiciaire des décisions d’irrecevabilité. ABC et ses filles (DE et FG) ont obtenu un sursis de la mesure de renvoi du Canada prise contre elles en attendant qu’une décision soit rendue sur la présente demande de contrôle judiciaire. La famille Homsî/Al Nahass a obtenu un permis de séjour temporaire (PST). M<sup>me</sup> Mustefa a été renvoyée aux États-Unis où elle a été immédiatement emprisonnée.

[7] Le Conseil canadien pour les réfugiés (le CCR), Amnistie internationale (AI) et le Conseil canadien des Églises (le CCE) ont obtenu le droit de participer aux présentes demandes en tant que parties intéressées.

[8] Les demandeurs contestent l’ETPS sur deux plans.

[9] Premièrement, les demandeurs font valoir que le gouvernement canadien a manqué à son obligation de revoir la désignation actuelle des États-Unis en tant que

and 102(3) of the IRPA, and therefore the legislation and regulations that make the STCA law are *ultra vires*. They argue that the treatment of asylum-seekers in the U.S. is not in keeping with the spirit or the objective of the STCA. For the reasons outlined below, I have concluded that the legislation enacting the STCA is not *ultra vires*.

[10] Second, the applicants argue that the legislation implementing the STCA is contrary to sections 7 and 15 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). For the reasons outlined below, I have concluded that the actions of Canadian authorities in enforcing the STCA result in ineligible STCA claimants being imprisoned by U.S. authorities. I have concluded that imprisonment and the attendant consequences are inconsistent with the spirit and objective of the STCA and are a violation of the rights guaranteed by section 7 of the Charter. I further conclude that section 1 of the Charter does not save the section 7 violations from being unconstitutional.

## II. FACTUAL BACKGROUND

ABC, DE, and FG (IMM-2977-17)

[11] The applicant ABC and her daughters DE and FG are citizens of El Salvador. On April 3, 2013, ABC was raped by MS-13 gang members in her home when they demanded money and threatened her with a gun. They told ABC they would kill her, and her daughters, if she went to the police. ABC became pregnant as a result of this rape. While she was pregnant, the gang members showed up at her house and threatened to kill her. During this period, men also followed and accosted her daughters. At one point, an unknown man stopped them while they were walking to school and asked about their father. One man told them that if their father “did not show his face” the men would “get even by taking it out on the girls.”

« tiers pays sûr », comme l'exigent les paragraphes (2) et (3) de l'article 102 de la LIPR et que, par conséquent, les dispositions législatives et réglementaires qui mettent en œuvre l'ETPS sont *ultra vires*. Ils allèguent que le traitement des demandeurs d'asile provenant des États-Unis n'est pas conforme à l'esprit ou à l'objet de l'ETPS. Pour les motifs exposés ci-après, j'ai conclu que les dispositions législatives créant l'ETPS ne sont pas *ultra vires*.

[10] Deuxièmement, les demandeurs font valoir que les dispositions législatives mettant en œuvre l'ETPS vont à l'encontre des articles 7 et 15 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). Pour les motifs qui suivent, j'ai conclu que les actes des autorités canadiennes visant à appliquer l'ETPS font en sorte que des demandeurs dont la demande est jugée irrecevable en vertu de l'ETPS sont emprisonnés par les autorités américaines. J'ai conclu que l'emprisonnement et les conséquences qui en découlent sont incompatibles avec l'esprit et l'objet de l'ETPS et constituent une violation des droits garantis par l'article 7 de la Charte. De plus, je conclus que l'article premier de la Charte ne protège pas les violations de l'article 7 de leur caractère inconstitutionnel.

## II. CONTEXTE FACTUEL

ABC, DE et FG (IMM-2977-17)

[11] La demanderesse ABC et ses filles DE et FG sont citoyennes du Salvador. Le 3 avril 2013, ABC a été violée par des membres du gang MS-13 à son domicile après que ceux-ci lui ont demandé de l'argent et l'ont menacé avec une arme. Ils ont dit à ABC qu'ils la tueraient, ainsi que ses filles, si elle portait plainte à la police. ABC est tombée enceinte à la suite de ce viol. Alors qu'elle était enceinte, les membres du gang se sont présentés chez elle et ont menacé de la tuer. Pendant cette période, des hommes ont également suivi et accosté ses filles. À un moment donné, un inconnu les a interceptées alors qu'elles se rendaient à l'école à pied et leur a posé des questions sur leur père. Un homme leur a dit que si leur père [TRADUCTION]

[12] In November 2016, MS-13 members again entered ABC's home and pointed a gun at her head, demanded money, and threatened to kill her and her daughters. After this incident, ABC determined that she and her daughters were not safe in El Salvador and on November 10, 2016, she left El Salvador with her daughters. They arrived in the US on November 26, 2016.

[13] Upon arrival in the U.S., ABC and her daughters were held at a detention centre and advised that they were under removal proceedings. Following their release they stayed with family in Mississippi. In December 2016, they travelled to Buffalo, New York, where they stayed at a refugee shelter.

[14] In January 2017, ABC and her daughters arrived at the Fort Erie, Ontario, POE to make a refugee claim in Canada. The Canada Border Services Agency (CBSA) officer advised them to withdraw their claim as they would be found ineligible to make a claim under STCA. ABC and her daughters returned to the refugee shelter in the U.S.

[15] On July 5, 2017, ABC and her daughters again travelled to the Fort Erie POE to make a claim for refugee protection in Canada. The CBSA officer determined that they were ineligible pursuant to paragraph 101(1)(e) of the IRPA due to the operation of the STCA.

[16] With the assistance of legal counsel, ABC filed this application for judicial review and filed a motion for a stay of their removal from Canada. On July 6, 2017, I granted an order staying their removal from Canada.

Ms. Mustefa (IMM-2229-17)

[17] Ms. Mustefa is an Ethiopian national who left the country when she was 11 years old for medical treatments

« ne se montrait pas », les hommes [TRADUCTION] « se vengeraient en s'en prenant aux filles ».

[12] En novembre 2016, des membres du MS-13 sont à nouveau entrés dans la maison d'ABC et ont braqué un fusil sur sa tête, ont exigé de l'argent et ont menacé de la tuer et de tuer ses filles. Après cet incident, ABC a déterminé qu'elle et ses filles n'étaient pas en sécurité au Salvador et, le 10 novembre 2016, elles ont toutes trois quitté le Salvador. Elles sont arrivées aux États-Unis le 26 novembre 2016.

[13] À leur arrivée aux États-Unis, ABC et ses filles ont été détenues dans un centre de détention et ont été informées qu'elles étaient visées par une mesure de renvoi. Après leur libération, elles sont restées avec des membres de leur famille dans le Mississippi. En décembre 2016, elles se sont rendues à Buffalo, dans l'État de New York, où elles sont restées dans un centre d'hébergement pour réfugiés.

[14] En janvier 2017, ABC et ses filles sont arrivées au PDE de Fort Erie, en Ontario, pour y présenter une demande d'asile au Canada. L'agent de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) leur a conseillé de retirer leur demande car elle serait jugée irrecevable en vertu de l'ETPS. ABC et ses filles sont retournées au centre d'hébergement pour réfugiés aux États-Unis.

[15] Le 5 juillet 2017, ABC et ses filles se sont à nouveau rendues au PDE de Fort Erie pour y présenter une demande d'asile au Canada. L'agent de l'ASFC a déterminé que leurs demandes étaient irrecevables au titre de l'alinéa 101(1)e) de la LIPR en raison de l'application de l'ETPS.

[16] Avec l'aide d'un conseiller juridique, ABC a déposé la présente demande de contrôle judiciaire ainsi qu'une requête pour obtenir le sursis de la mesure de renvoi du Canada. Le 6 juillet 2017, j'ai ordonné le sursis de l'exécution de la mesure de renvoi du Canada prise contre elles.

M<sup>me</sup> Mustefa (IMM-2229-17)

[17] M<sup>me</sup> Mustefa est une ressortissante éthiopienne qui a quitté le pays à l'âge de 11 ans pour recevoir des

in the U.S. She entered the U.S. on a visitor's visa as an unaccompanied minor and stayed with her uncle Gabriel Mustefa while undergoing medical treatments. In the summer of 2008, Ms. Mustefa went to live with her aunt in Georgia where she remained until she finished high school in 2015. Ms. Mustefa planned to pursue further education in the U.S. but she could not obtain proper documentation having arrived in the U.S. after the cut off date to apply under the Deferred Action for Childhood [Arrivals] program.

[18] Around this same time in Ethiopia oppressive acts against the Oromo, Ms. Mustefa's ethnic group, were escalating. In 2016 and 2017, the Oromo were subject to mass arrests and held without charges or trials. The government dispatched the military to Oromo regions leading to the death and disappearance of many Oromo youth. In October 2016 Ethiopian government forces opened fire into a crowd of people attending a cultural festival and the Ethiopian government declared a state of emergency in effect until August 2017.

[19] Due to the situation in Ethiopia, and not being able to seek asylum in the U.S., on April 10, 2017, Ms. Mustefa arrived at the POE in Saint-Bernard-de-Lacolle, Quebec, and made a claim for refugee protection. She was questioned at the POE for approximately 30 hours and was informed on April 11, 2017, that she was ineligible for refugee protection pursuant to paragraph 101(1)(e) of the IRPA.

[20] CBSA officers returned Ms. Mustefa to the U.S. She was placed in detention at the Clinton Country Correctional Facility where she was held in solitary confinement for the first week (pending a tuberculosis test) and released on a bond on May 9, 2017.

The Al Nahass/ Homsy Family (IMM-775-17)

[21] The adult female applicant, Reda Yassin Al Nahass, is a citizen of Syria. The other applicants are her adult son, Mohammad Majd Maher Homsy, who was

traitements médicaux aux États-Unis. Elle est entrée aux États-Unis munie d'un visa de visiteur en tant que mineure non accompagnée et est restée chez son oncle Gabriel Mustefa pendant ses traitements médicaux. Au cours de l'été 2008, M<sup>me</sup> Mustefa est allée vivre avec sa tante en Géorgie où elle est restée jusqu'à la fin de ses études secondaires en 2015. M<sup>me</sup> Mustefa avait l'intention de poursuivre ses études aux États-Unis, mais elle n'a pas pu obtenir les documents nécessaires puisqu'elle est arrivée aux États-Unis après la date limite pour présenter une demande au titre du programme d'action différée pour les arrivées d'enfants (Deferred Action for Childhood Arrivals).

[18] Aux environs de la même période, en Éthiopie, les actes d'oppression contre les Oromos, groupe ethnique auquel appartient M<sup>me</sup> Mustefa, s'intensifiaient. En 2016 et en 2017, les Oromos ont fait l'objet d'arrestations massives et ont été détenus sans inculpation ni procès. Le gouvernement a dépêché des militaires dans les régions oromos, ce qui a entraîné la mort et la disparition de nombreux jeunes oromos. En octobre 2016, les forces gouvernementales éthiopiennes ont ouvert le feu sur une foule de personnes assistant à un festival culturel et le gouvernement éthiopien a déclaré l'état d'urgence jusqu'en août 2017.

[19] Compte tenu de la situation en Éthiopie, et de l'impossibilité de demander l'asile aux États-Unis, le 10 avril 2017, M<sup>me</sup> Mustefa s'est rendue au PDE de Saint-Bernard-de-Lacolle, au Québec, et a présenté une demande d'asile. Elle a été interrogée au PDE pendant environ 30 heures et, le 11 avril 2017, on l'a informée que sa demande d'asile était irrecevable au titre de l'alinéa 101(1)e) de la LIPR.

[20] Les agents de l'ASFC ont renvoyé M<sup>me</sup> Mustefa aux États-Unis. Elle a été placée en détention au Clinton Country Correctional Facility où elle a été maintenue en isolement pendant la première semaine (en attendant un test de tuberculose) et libérée sous caution le 9 mai 2017.

La famille Al Nahass/Homsy (IMM-775-17)

[21] La demanderesse adulte, Reda Yassin Al Nahass, est citoyenne syrienne. Les autres demandeurs sont son fils adulte, Mohammad Majd Maher Homsy, qui est



born in Syria, and her young son and daughter, Karam Maher Homsî and Hala Maher Homsî, who were both born in Saudi Arabia. Ms. Al Nahass lived in Syria until 2003 when the family moved to Saudi Arabia. The family returned to Syria regularly until the war began in 2011.

[22] In 2015, Ms. Al Nahass, travelled to Syria for medical treatment when she was kidnapped, physically attacked and threatened with sexual violence. Her family was able to secure her release. While the family was in the U.S. in November 2015, Ms. Al Nahass's husband lost his job in Saudi Arabia, which put her family's status in Saudi Arabia in jeopardy, as they were dependent on her husband's employer-sponsored residency permit.

[23] Ms. Al Nahass started the asylum process in the U.S. in the spring of 2016. However, she became concerned with the increasing public hatred expressed toward Muslim and Arab people and following the passage of Executive Order 13769 [60 Fed. Reg. 8977 (2017) (U.S.)], the so-called "Muslim Ban".

[24] On February 2, 2017, Ms. Al Nahass, and her children tried to enter Canada by walking across the border at Roxham Road between New York and Quebec. As they approached the border, a CBSA officer told them they would be arrested if they crossed into Canada. They were advised to go back to the U.S. Upon return to the U.S. they were stopped by U.S. authorities and put in separate police cars. They were fingerprinted and questioned. During this time, Ms. Al Nahass was forced to take off her hijab and was photographed. An hour later, they were taken to Saint-Bernard-de-Lacolle, Quebec, POE.

[25] On February 3, 2017, Ms. Al Nahass was told she and her children were ineligible because they were attempting to enter Canada from the U.S. While Ms. Al Nahass was at Saint-Bernard-de-Lacolle, she managed to contact a lawyer who filed an emergency stay

en Syrie, son jeune fils, Karam Maher Homsî, et sa jeune fille, Hala Maher Homsî, qui sont tous deux nés en Arabie Saoudite. M<sup>me</sup> Al Nahass a vécu en Syrie jusqu'en 2003, date à laquelle la famille a déménagé en Arabie Saoudite. La famille est retournée régulièrement en Syrie jusqu'au début de la guerre en 2011.

[22] En 2015, M<sup>me</sup> Al Nahass s'est rendue en Syrie pour y recevoir des soins médicaux après avoir été kidnappée, agressée physiquement et avoir reçu des menaces de violences sexuelles. Sa famille a été en mesure d'obtenir sa libération. En novembre 2015, alors que la famille était aux États-Unis, le mari de M<sup>me</sup> Al Nahass a perdu son emploi en Arabie Saoudite, mettant ainsi en péril le statut de la famille en Arabie Saoudite, celle-ci étant dépendante du permis de séjour de son mari parrainé par son employeur.

[23] M<sup>me</sup> Al Nahass a entamé la procédure d'asile aux États-Unis au printemps 2016. Cependant, elle a commencé à être préoccupée par la croissance des manifestations publiques de haine à l'endroit des musulmans et des Arabes et par suite de l'adoption du décret 13769 [60 Fed. Reg. 8977 (2017) (É.-U.)], communément appelé le « Muslim Ban ».

[24] Le 2 février 2017, M<sup>me</sup> Al Nahass et ses enfants ont tenté d'entrer au Canada en traversant à pied la frontière à Roxham Road entre l'État de New York et le Québec. Alors qu'ils approchaient de la frontière, un agent de l'ASFC leur a dit qu'ils seraient arrêtés s'ils entraient au Canada. On leur a conseillé de retourner aux États-Unis. À leur retour aux États-Unis, ils ont été arrêtés par les autorités américaines et placés dans des voitures de police séparées. Les autorités ont pris leurs empreintes digitales et les ont interrogés. Pendant ce temps, M<sup>me</sup> Al Nahass a été contrainte d'enlever son hijab et a été photographiée. Une heure plus tard, ils ont été emmenés au PDE de Saint-Bernard-de-Lacolle, au Québec.

[25] Le 3 février 2017, M<sup>me</sup> Al Nahass a été informée que sa demande d'asile et celles de ses enfants étaient irrecevables parce qu'ils tentaient d'entrer au Canada depuis les États-Unis. Lorsque M<sup>me</sup> Al Nahass était à Saint-Bernard-de-Lacolle, elle a réussi à communiquer avec

of removal application on behalf of the family. The stay was granted, following which the family was granted Temporary Resident Permits (TRPs) allowing them to remain in Canada. The family has since been granted permanent resident status.

#### Public Interest Parties

[26] On December 11, 2017, Justice Diner granted public interest standing to the Canadian Council for Refugees, Amnesty International, and the Canadian Council of Churches on the grounds that the application for judicial review “raises a serious justiciable issue in which the Organizations have a genuine interest” (*Canadian Council for Refugees v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2017 FC 1131, at paragraph 74).

### III. CONSOLIDATION ORDER

[27] On April 12, 2018, Justice Diner ordered these three applications be consolidated and heard together (*Canadian Council for Refugees v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 396, at paragraph 39).

### IV. RELIEF SOUGHT

[28] In their applications for judicial review, the applicants each phrase the requested relief slightly differently, however, they all seek the following common relief:

1. An order that the decisions of the officers be set aside and the individual applicants’ claims for refugee protection be found eligible and referred to the Refugee Protection Division for determination;
2. A declaration that section 159.3 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* is *ultra vires* or otherwise unlawful because the designation of the United States of America is not and/or was not at the time of the decision under

un avocat qui a déposé une demande urgente de sursis à la mesure de renvoi au nom de la famille. Le sursis a été accordé, après quoi la famille a obtenu un PST lui permettant de rester au Canada. La famille a depuis obtenu la résidence permanente.

#### Parties d’intérêt public

[26] Le 11 décembre 2017, le juge Diner a accordé la qualité pour agir dans l’intérêt public au Conseil canadien pour les réfugiés, à Amnesty internationale et au Conseil canadien des Églises au motif que la demande de contrôle judiciaire « soulève une question justiciable sérieuse dans laquelle les organisations ont un intérêt véridable » (*Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2017 CF 1131, au paragraphe 74).

### III. ORDONNANCE DE RÉUNION

[27] Le 12 avril 2018, le juge Diner a ordonné que les trois présentes demandes soient réunies et instruites conjointement (*Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 396, au paragraphe 39).

### IV. MESURES DE REDRESSEMENT DEMANDÉES

[28] Dans les demandes de contrôle judiciaire présentées par les demandeurs, même si les mesures de redressement recherchées sont formulées de manière légèrement différente, elles sont essentiellement les mêmes :

1. Une ordonnance annulant les décisions des agents et l’irrecevabilité des demandes d’asile individuelles des demandeurs et renvoyant les demandes à la Section de la protection des réfugiés pour nouvelle décision;
2. Une déclaration selon laquelle l’article 159.3 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* est *ultra vires* ou par ailleurs illégal parce que la désignation des États-Unis d’Amérique au titre de l’alinéa 102(1)a) et des paragraphes 102(2)

review in conformity with paragraph 102(1)(a), subsections 102(2) and 102(3) of the *Immigration and Refugee Protection Act*;

3. A declaration that section 159.3 of the Regulations is inconsistent with Canada's international obligations under the Refugee Convention and the Convention Against Torture;
4. A declaration that section 159.3 of the Regulations is of no force or effect pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982*, because it violates section 7 and/or subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;
5. A declaration that paragraph 101(1)(e) of the IRPA is of no force or effect pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982*, because it violates section 7 and/or subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

#### V. NOTICE OF CONSTITUTIONAL QUESTION

[29] The applicants served a notice of constitutional question pursuant to section 57 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, on the Attorney General of Canada and each of the Attorneys General for the Provinces and Territories. Apart from the Attorney General of Canada, none of the Attorneys General responded. The notice of constitutional question stated:

The Applicants intend to question the constitutional validity of the combined effect of s. 101(1)(e) of the *Immigration and Refugee Protection Act* ("the IRPA") and s. 159.3 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* ("the Regulations").

#### VI. THE EVIDENCE

[30] The parties filed extensive evidentiary records including affidavits, reports, expert opinions and transcripts. Below is a summary of the evidence.

et 102(3) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* n'est pas réévaluée ou n'était pas en cours de réévaluation au moment où la décision faisant l'objet du contrôle a été rendue;

3. Une déclaration selon laquelle l'article 159.3 du Règlement est incompatible avec les obligations internationales du Canada aux termes de la Convention sur les réfugiés et de la Convention contre la torture;
4. Une déclaration selon laquelle l'article 159.3 du Règlement est inopérant en application de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, car il viole l'article 7 et/ou le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*;
5. Une déclaration selon laquelle l'alinéa 101(1)e) de la LIPR est inopérant en application de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, parce qu'il viole l'article 7 et/ou le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

#### V. AVIS D'UNE QUESTION CONSTITUTIONNELLE

[29] Conformément à l'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*, R.S.C. (1985), ch. F-7, les demandeurs ont signifié un avis de question constitutionnelle au procureur général du Canada et à chacun des procureurs généraux des provinces et territoires. Outre le procureur général du Canada, aucun des procureurs généraux n'a répondu. Cet avis est rédigé en partie comme suit :

[TRADUCTION] Les demandeurs ont l'intention de contester la validité, sur le plan constitutionnel, de l'effet conjugué de l'alinéa 101(1)e) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR) et de l'article 159.3 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (le Règlement).

#### VI. LA PREUVE

[30] Les parties ont déposé de nombreux éléments de preuve, notamment des affidavits, des rapports, des avis d'experts et des transcriptions. Très brièvement, la preuve révèle ce qui suit.

## Applicants' Evidence

[31] The applicants filed affidavits from the following individuals:

- The applicant ABC, whose affidavits were sworn June 29, 2017, September 8, 2017, and December 15, 2017.
- The applicant, Nedeira Mustefa, whose affidavit was sworn September 14, 2017.
- The applicant, Reda Al Nahass, whose affidavit was sworn April 29, 2017.
- Clare Long, whose affidavit was sworn June 24, 2018, is a Senior Researcher at the U.S. Program of Human Rights Watch.
- Janet Dench, whose affidavits were sworn September 7, 2017, and June 27, 2018, is the Executive Director of the Canadian Council for Refugees.
- Christina Fialho, whose affidavit was sworn June 25, 2018, is the co-Executive Director of Freedom for Immigrants.
- Audrey Macklin, whose affidavit was sworn on June 23, 2018, is a Professor at the University of Toronto and the Director of the Centre for Criminology and Sociological Studies.
- Gloria Nafziger, whose affidavits were sworn December 18, 2017, and June 26, 2018, is the Refugee Coordinator at Amnesty International Canada.
- Ksenija Novakovic, whose affidavit was sworn on June 29, 2018. Ms. Novakovic worked at Downtown Legal Services under the supervision of Prasanna Balasundaram, counsel for ABC, DE, FG and Ms. Mustefa.
- Carol Anne Donohue, whose affidavit was sworn August 30, 2018, is an immigration lawyer practising in Pennsylvania, U.S.A.

## Preuve des demandeurs

[31] Les demandeurs ont produit les affidavits des personnes suivantes :

- La demanderesse ABC, dont les affidavits ont été souscrits le 29 juin 2017, le 8 septembre 2017 et le 15 décembre 2017.
- La demanderesse, Nedeira Mustefa, dont l'affidavit a été souscrit le 14 septembre 2017.
- La demanderesse, Reda Al Nahass, dont l'affidavit a été souscrit le 29 avril 2017.
- Clare Long, chercheuse principale du programme américain de Human Rights Watch, dont l'affidavit a été souscrit le 24 juin 2018.
- Janet Dench, directrice générale du Conseil canadien pour les réfugiés dont les affidavits ont été souscrits le 7 septembre 2017 et le 27 juin 2018.
- Christina Fialho, co-directrice générale de Freedom for Immigrants, dont l'affidavit a été souscrit le 25 juin 2018.
- Audrey Macklin, professeure à l'Université de Toronto et directrice du Centre de criminologie et d'études sociolégales, dont l'affidavit a été souscrit le 23 juin 2018.
- Gloria Nafziger, coordinatrice des réfugiés à Amnistie internationale Canada, dont les affidavits ont été souscrits le 18 décembre 2017 et le 26 juin 2018,
- Ksenija Novakovic, avocate pour ABC, DE, FG et M<sup>me</sup> Mustefa qui a travaillé au Downtown Legal Services sous la supervision de Prasanna Balasundaram, dont l'affidavit a été souscrit le 29 juin 2018.
- Carol Anne Donohue, avocate spécialisée en droit de l'immigration qui exerce sa profession

- 
- Ryan Witmer, whose affidavit was sworn July 24, 2018, is a lawyer practising immigration law in Buffalo, U.S.A.
  - Timothy Warden-Hertz, whose affidavit was sworn August 30, 2018, is the Directing Attorney of the Tacoma office of the Northwest Immigration Rights Project.
  - Ruby Robinson, whose affidavit was sworn June 20, 2018, is a co-managing attorney at the Michigan Immigrant Rights Centre.
  - Ramon Irizarry, whose affidavit was sworn June 25, 2018, is the Supervising Immigration Attorney at the Volunteer Lawyers Project of the Erie County Bar Association.
  - Nadege Jean-Mardy, whose affidavit was sworn June 25, 2018, founded Action d'Entraide Multifonctionnelle du Canada and currently serves as Director General of the organization.
  - Sarah Alarabi, whose affidavit was sworn on June 17, 2018, describes her experience seeking refugee protection in Canada under the family member exception to the STCA.
  - H.I., whose affidavit was sworn July 31, 2018, attempted to seek refugee protection in Canada, but was found ineligible under the STCA.
  - J.K., whose affidavit was sworn November 10, 2017, and was translated by Carmen Maria Rey on November 13, 2017. J.K. tried to make a refugee claim in Canada but was told by Canadian officers that she was "not in a good place to cross".
- en Pennsylvanie, aux États-Unis, dont l'affidavit a été souscrit le 30 août 2018.
  - Ryan Witmer, avocat spécialisé en droit de l'immigration exerçant sa profession à Buffalo, aux États-Unis, dont l'affidavit a été souscrit le 24 juillet 2018.
  - Timothy Warden-Hertz, avocat en chef du bureau de Tacoma du Northwest Immigration Rights Project, dont l'affidavit a été souscrit le 30 août 2018.
  - Ruby Robinson, avocat en chef adjoint du Michigan Immigrant Rights Centre, dont l'affidavit a été souscrit le 20 juin 2018
  - Ramon Irizarry, avocat superviseur en droit de l'immigration au sein du Volunteer Lawyers Project de la Bar Association of Erie County, dont l'affidavit été souscrit le 25 juin 2018.
  - Nadege Jean-Mardy, fondatrice et directrice générale d'Action d'Entraide Multifonctionnelle du Canada, dont l'affidavit a été souscrit le 25 juin 2018.
  - Sarah Alarabi, dont l'affidavit a été souscrit le 17 juin 2018, décrit son expérience de demande d'asile au Canada au titre de l'exception concernant les membres de la famille prévue dans l'ETPS.
  - H.I., dont l'affidavit a été souscrit le 31 juillet 2018, a tenté de demander l'asile au Canada, mais sa demande a été jugée irrecevable en vertu de l'ETPS.
  - J.K., dont l'affidavit a été souscrit le 10 novembre 2017 et traduit par Carmen Maria Rey le 13 novembre 2017, a tenté de demander l'asile au Canada, mais des agents canadiens lui ont dit qu'il n'était [TRADUCTION] « pas en bonne position pour traverser ».

- L.M., whose affidavit was sworn on November 10, 2017, attempted to seek refugee protection in Canada, but was found ineligible under the STCA.
  - N.O., whose affidavit was sworn July 25, 2018, attempted to seek refugee protection in Canada in July 2017, but was found ineligible under the STCA.
  - P.Q., whose affidavit was sworn April 20, 2018, made a refugee claim at a Canadian border crossing in May 2015.
  - R.S., whose affidavit was sworn July 25, 2018, and translated by Suu Yang on July 27, 2018, attempted to go to a Canadian border crossing in March 2017, but was stopped by American police officers.
  - T.U., whose affidavit was sworn July 31, 2018, made a refugee claim in February 2017 at a Canadian Port of Entry.
  - V.W., whose affidavit was sworn April 26, 2018, attempted to enter Canada but she was returned to the United States and detained.
  - X.Y., whose affidavit was sworn on an unknown date, attempted to enter Canada at a Canadian Port of Entry but was told he was not able to make a refugee claim because of the STCA.
  - Z.Z., whose affidavit was sworn on an unknown date, made a refugee claim at the Canadian border in October 2017.
- L.M., dont l'affidavit a été souscrit le 10 novembre 2017, a tenté de demander l'asile au Canada, mais sa demande a été jugée irrecevable en vertu de l'ETPS.
  - N.O., dont l'affidavit a été souscrit le 25 juillet 2018, a tenté de demander l'asile au Canada en juillet 2017, mais sa demande a été jugée irrecevable en vertu de l'ETPS.
  - P.Q., dont l'affidavit a été souscrit le 20 avril 2018, a présenté une demande d'asile à un poste frontalier canadien en mai 2015.
  - R.S., dont l'affidavit a été souscrit le 25 juillet 2018 et traduit par Suu Yang le 27 juillet 2018, a tenté de se rendre à un poste frontalier canadien en mars 2017, mais a été arrêté par des agents de police américains.
  - T.U., dont l'affidavit a été souscrit le 31 juillet 2018, a fait une demande d'asile en février 2017 à un point d'entrée canadien.
  - V.W., dont l'affidavit a été souscrit le 26 avril 2018, a tenté d'entrer au Canada, mais a été renvoyée aux États-Unis et détenue.
  - X.Y., dont l'affidavit a été souscrit à une date inconnue, a tenté d'entrer au Canada par un point d'entrée canadien, mais on lui a dit qu'il ne pouvait pas présenter de demande d'asile en raison de l'ETPS.
  - Z.Z., dont l'affidavit a été souscrit à une date inconnue, a présenté une demande d'asile à la frontière canadienne en octobre 2017.

[32] The applicants rely upon the affidavit evidence of the following experts:

- Professor Deborah Anker, whose affidavits were sworn October 6, 2017, and June 26, 2018, is a professor at Harvard Law School and the Founder and Director of the Harvard Law School Immigration and Refugee Clinical Program.

[32] Les demandeurs s'appuient sur les témoignages par affidavit des experts suivants :

- Deborah Anker, professeure à la Harvard Law School et fondatrice et directrice du Harvard Law School Immigration and Refugee Clinical Program, dont les affidavits ont été souscrits le 6 octobre 2017 et le 26 juin 2018.

- 
- Professor Karen Musalo, whose affidavits were sworn September 22, 2017, and June 25, 2018, is a professor at the University of California Hasting College of Law.
  - Elizabeth Kennedy, whose affidavit was sworn August 7, 2018, is scholar with an expertise in country conditions in El Salvador, Honduras and Guatemala.
  - Anwen Hughes, whose affidavits were sworn December 6, 2017, and June 26, 2018, is the Deputy Legal Director of the Refugee Representation Program at Human Rights First.
  - Lenni Beth Benson, whose affidavit was sworn June 25, 2016, is a professor at New York Law School and is an expert in U.S. immigration law with a further expertise in the rights of children and their ability to seek protection under U.S. asylum law and other provisions of the U.S. *Immigration and Nationality Act* [8 U.S.C. (2006)].
  - James C. Hathaway, whose affidavit was sworn June 27, 2018, is a professor of law at the University of Michigan, specializing in international and comparative refugee law.
  - Abed Ayoub, whose affidavit was sworn June 26, 2018, is the National Legal Director of the American-Arab Anti-Discrimination Committee.
  - Katharina Obser, whose affidavits were sworn December 4, 2017, and June 25, 2018, is a Senior Policy Advisor in the Migrant Rights and Justice Program of the Women’s Refugee Commission.
  - Jaya Ramji-Nogales, whose affidavit was sworn August 27, 2018, is a law professor at Temple University who has conducted several empirical studies of asylum adjudication in the United States.
  - Karen Musalo, professeure au Hasting College of Law de l’Université de Californie, dont les affidavits ont été souscrits le 22 septembre 2017 et le 25 juin 2018.
  - Elizabeth Kennedy, chercheuse universitaire spécialisée dans les conditions de vie au Salvador, au Honduras et au Guatemala, dont l’affidavit a été souscrit le 7 août 2018.
  - Anwen Hughes, directrice juridique adjoint du Deputy Legal Director of the Refugee Representation Program à Human Rights First, dont les affidavits ont été souscrits le 6 décembre 2017 et le 26 juin 2018.
  - Lenni Beth Benson, dont l’affidavit a été souscrit le 25 juin 2016. M<sup>me</sup> Benson est professeure à la New York Law School et experte en droit de l’immigration des États-Unis. Elle est également spécialisée dans les droits des enfants et leur capacité à demander la protection en vertu des lois américaines en matière d’asile et d’autres dispositions de la *Immigration and Nationality Act* [8 U.S.C. (2006)] des États-Unis.
  - James C. Hathaway, professeur de droit à l’Université du Michigan, spécialisé dans le droit international et le droit comparé des réfugiés, dont l’affidavit a été souscrit le 27 juin 2018.
  - Abed Ayoub, directeur juridique national du American-Arab Anti-Discrimination Committee, dont l’affidavit a été souscrit le 26 juin 2018.
  - Katharina Obser, conseillère politique principale dans le cadre du Migrant Rights and Justice Program de la Women’s Refugee Commission, dont les affidavits ont été souscrits le 4 décembre 2017 et le 25 juin 2018.
  - Jaya Ramji-Nogales, professeure de droit à l’Université Temple qui a effectué plusieurs études empiriques sur l’évaluation des demandes d’asile aux États-Unis, dont l’affidavit a été souscrit le 27 août 2018.



## Respondents' Evidence

[33] The respondents rely upon the following affidavit evidence:

- Bruce Scholfield, whose affidavit was sworn October 9, 2018, is a former employee of the Department of Citizenship and Immigration (now Immigration Refugees and Citizenship Canada).
- André Baril, whose affidavit was sworn October 11, 2018, is the Senior Director of Refugee Affairs with the Department of Immigration Refugees and Citizenship.
- Matthew Dan, whose affidavit was sworn October 12, 2018, is the Assistant Director of the Department of Immigration, Refugees and Citizenship Canada's Irregular Migration Policy Hub within the Refugee Affairs Branch.
- Sharon Spicer, whose affidavit was sworn October 12, 2018, is the Director of Inland Enforcement Operations and Case Management Division for the Canadian Border Services Agency.
- Alexandre Bilodeau, whose affidavit was sworn October 11, 2018, is the Assistant Director in the Data Management and Reporting Division of the Research and Evaluation Branch.
- Daniel Badour, whose affidavit was sworn October 11, 2018, is the Director of the Asylum Seeker Task Force with the Canada Border Services Agency.
- Laura Soskin, whose affidavit was sworn October 12, 2018, is a Paralegal with the Department of Justice in Toronto.
- Rebecca Louis, whose affidavit was sworn October 9, 2018, was an articling student with the Department of Justice at the time she sworn her affidavit.

## Preuve des défendeurs

[33] Les défendeurs s'appuient sur les témoignages par affidavit suivants :

- Bruce Scholfield, ancien employé du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration (maintenant Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada), dont l'affidavit a été souscrit le 9 octobre 2018.
- André Baril, directeur général des Affaires des réfugiés à Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, dont l'affidavit a été souscrit le 11 octobre 2018.
- Matthew Dan, directeur adjoint de la section Politiques de migration transfrontalière et d'asile au sein de la Direction générale des Affaires des réfugiés à Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, dont l'affidavit a été souscrit le 12 octobre 2018.
- Sharon Spicer, directrice de la division Opérations d'exécution de la loi dans les bureaux intérieurs et gestion de cas pour l'Agence des services frontaliers du Canada, dont l'affidavit a été souscrit le 12 octobre 2018.
- Alexandre Bilodeau, directeur adjoint de la division Développement de rapports et de données de la Direction générale de la Recherche et évaluation, dont l'affidavit a été souscrit le 11 octobre 2018.
- Daniel Badour, directeur de l'équipe spéciale responsable des demandes d'asile à l'Agence des services frontaliers du Canada, dont l'affidavit a été souscrit le 11 octobre 2018.
- Laura Soskin, parajuriste au ministère de la Justice à Toronto, dont l'affidavit a été souscrit le 12 octobre 2018.
- Rebecca Louis, stagiaire au ministère de la Justice au moment où elle a fait sa déclaration sous serment, dont l'affidavit a été souscrit le 9 octobre 2018.

[34] The respondents rely upon the following Expert affidavits:

- Stephen Yale-Loerh, whose affidavit was sworn October 12, 2018, is a Professor at Cornell Law School and is counsel at Miller Mayer, LLP, in Ithaca, New York where he practises immigration law.
- Kay Hailbronner, whose affidavit was sworn October 10, 2018, is a Professor Emeritus of Public Law, Public International Law and European Law at the University of Konstanz in Germany.

## VII. PRELIMINARY MATTERS

[35] There are two preliminary matters. One is the respondents' objection to the Court considering the expert evidence of Professors Anker and Musalo. The other is the request by the applicant Ms. Mustefa to raise a new procedural fairness argument.

Expert Evidence of Deborah Anker and Karen Musalo

[36] At the opening of their submissions, the respondents reiterated their objections to the Court considering the expert evidence of Professor Anker. The respondents argue that Professor Anker's public advocacy statements on the issues raised in these applications affect the objectivity of her evidence. The respondents do not identify specific statements or specific paragraphs in her affidavits that they object to and seek to strike, but rather they argue that her evidence overall lacks objectivity.

[37] Professor Anker is a law professor at Harvard University. She is the co-founder of the Harvard Immigration and Refugee Clinical Program and has authored a treatise on U.S. asylum law. She is offered as an expert on U.S. asylum law. The respondents do not dispute her qualifications. Their objection arises from the public positions she has taken in criticizing Canada's

[34] Les défendeurs s'appuient sur les témoignages par affidavit des experts suivants :

- Stephen Yale-Loerh, professeur à la faculté de droit de l'Université Cornell et avocat chez Miller Mayer, LLP, à Ithaca, New York, où il pratique le droit de l'immigration, dont l'affidavit a été souscrit le 12 octobre 2018.
- Kay Hailbronner, professeur émérite spécialisé en droit public, en droit international public et en droit européen à l'université de Constance en Allemagne, dont l'affidavit a été souscrit le 10 octobre 2018.

## VII. QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

[35] Il y a deux questions préliminaires. La première concerne l'objection des défendeurs à ce que la Cour tienne compte des témoignages d'experts de M<sup>me</sup> Anker et de M<sup>me</sup> Musalo. La deuxième porte sur la demande de la demanderesse, M<sup>me</sup> Mustefa, visant à soulever un nouvel argument relatif à l'équité procédurale.

Témoignage d'expert de Deborah Anker et de Karen Musalo

[36] Au début de leurs plaidoiries, les défendeurs ont réitéré leurs objections à ce que la Cour tienne compte du témoignage d'expert de M<sup>me</sup> Anker. Les défendeurs soutiennent que les déclarations publiques de M<sup>me</sup> Anker sur les questions soulevées dans les présentes demandes compromettent l'objectivité de son témoignage. Les défendeurs ne relèvent pas de déclarations précises ou de paragraphes en particulier dans ses affidavits auxquels ils s'opposent et qu'ils cherchent à supprimer, mais font plutôt valoir que son témoignage manque globalement d'objectivité.

[37] M<sup>me</sup> Anker est professeure de droit à l'Université de Harvard. Elle est la co-fondatrice du Harvard Immigration and Refugee Clinical Program et a rédigé un traité sur le droit d'asile américain. Elle est présentée comme experte en droit d'asile américain. Les défendeurs ne contestent pas ses compétences. Leur objection découle des positions publiques qu'elle a prises en

continued adherence to the STCA. They point to a radio interview and a letter sent by Professor Anker to the Prime Minister encouraging Canada to repeal the STCA with the U.S. The respondents argue that, in so doing, she has engaged in advocacy and therefore cannot be considered an objective witness.

[38] The objections to Professors Anker's evidence were addressed in a motion heard on February 21, 2019. At that time, I dismissed the respondent's motion (*Canadian Council for Refugees v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2019 FC 285 (*CCR 2019*), at paragraph 36). I concluded that Professor Anker's comments in the media about the Canadian refugee system were not the areas for which she was being tendered as an expert witness. Her expertise is the U.S. asylum system. As a result, her expert evidence can be considered apart from her personal views (*CCR 2019*, at paragraph 36). I further noted that any issues with the objectivity of her evidence would go to the weight of her evidence rather than its admissibility (*CCR 2019*, at paragraph 37).

[39] With respect to Professor Musalo, the respondents also argue that she has made public statements in her role with the Centre for Gender and Refugee Studies that are inconsistent with the statements contained in her affidavits and therefore her evidence is not reliable. Again, the respondents do not dispute her qualifications and do not identify specific statements or paragraphs in her affidavits that they seek to strike, but argue that the general content of her affidavits does not align with her public statements.

[40] Having had the opportunity to consider the evidence of both experts in the context of the issues raised on these applications, and with the benefit of a full record from all parties, I maintain my position to allow their evidence. Given that the respondents have not identified specific portions of the evidence that they seek to strike, it is not appropriate to strike the evidence in its entirety. Professor Anker has engaged in public lobbying with respect to the plight of asylum-seekers. On these

critiquant l'adhésion continue du Canada à l'ETPS. Ils font référence à une entrevue radiophonique ainsi qu'à une lettre envoyée par M<sup>me</sup> Anker au premier ministre pour encourager le Canada à abroger l'ETPS conclue avec les États-Unis. Les défendeurs font valoir que, ce faisant, elle s'est engagée à défendre une cause et ne peut donc être considérée comme un témoin objectif.

[38] Les objections au témoignage de M<sup>me</sup> Anker ont été instruites dans une requête entendue le 21 février 2019, date à laquelle j'ai rejeté la requête des défendeurs (*Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2019 CF 285 (*CCR 2019*), au paragraphe 36). J'ai conclu que les commentaires formulés par M<sup>me</sup> Anker dans les médias sur le régime applicable aux réfugiés au Canada ne portaient pas sur des domaines pour lesquels elle était appelée à témoigner en tant qu'experte. Son expertise porte sur le système d'asile américain. Par conséquent, son témoignage d'experte peut être considéré indépendamment de ses opinions (*CCR 2019*, au paragraphe 36). J'ai également souligné que toute question relative à l'objectivité de son témoignage serait liée à la valeur probante de son témoignage plutôt qu'à sa recevabilité (*CCR 2019*, au paragraphe 37).

[39] En ce qui concerne M<sup>me</sup> Musalo, les défendeurs soutiennent également qu'elle a fait des déclarations publiques dans le cadre de son rôle au sein du Center for Gender and Refugee Studies qui sont en contradiction avec les déclarations contenues dans ses affidavits et que son témoignage n'est donc pas fiable. Là encore, les défendeurs ne contestent pas ses compétences et ne relèvent pas de déclarations ou de paragraphes en particulier dans ses affidavits qu'ils demandent de supprimer, mais soutiennent que le contenu général de ses affidavits ne cadre pas avec ses déclarations publiques.

[40] Ayant eu l'occasion d'examiner les témoignages des deux expertes dans le contexte des questions soulevées dans les présentes demandes, et à la lumière du dossier complet fourni par toutes les parties, je maintiens ma conclusion d'autoriser leurs témoignages. Étant donné que les défendeurs n'ont pas relevé de parties précises à supprimer dans leurs témoignages, il n'est pas approprié de supprimer les témoignages dans leur intégralité. M<sup>me</sup> Anker se livre à des activités de lobbying publiques

applications, she is offered as an expert on U.S. asylum law and international refugee law. Professor Anker's evidence as contained in her affidavits of October 6, 2017 and June 26, 2018, is accepted for the factual detail provided. Her public statements and her opinion regarding the appropriateness of the STCA are irrelevant.

[41] The respondents' objection to Professor Musalo's evidence is weaker. They claim that the public statements of her organization regarding the likelihood of success of asylum claims in the U.S. system are in direct contradiction to the evidence provided in her affidavits. Specifically, the respondents claim that the Professor's website suggests that asylum claims can be successfully pursued, whereas in her affidavits (September 22, 2017, and June 25, 2018) she claims that the likelihood of success is low. The challenge with how the respondents have raised their objections to this evidence, is that they fail to specify what portions or what statements they take issue with. I agree with the respondents that broad categorical statements on the success of asylum claims within the U.S. system is irrelevant and I will therefore disregard these statements.

[42] Both Professors Anker and Musalo signed the expert witness certificate under the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106] which specifically states they "have read the Code of Conduct for Expert Witnesses set out in the schedule to the *Federal Courts Rules* and agree to be bound by it." The Code of Conduct provides:

1 An expert witness named to provide a report for use as evidence, or to testify in a proceeding, has an overriding duty to assist the Court impartially on matters relevant to his or her area of expertise.

2 This duty overrides any duty to a party to the proceeding, including the person retaining the expert witness. An

concernant le sort des demandeurs d'asile. Dans le cadre des présentes demandes, elle est citée comme une experte en droit d'asile américain et en droit international des réfugiés. Les témoignages de M<sup>me</sup> Anker, contenus dans ses affidavits du 6 octobre 2017 et du 26 juin 2018, sont admis pour les détails factuels qu'ils fournissent. Ses déclarations publiques et son opinion concernant le caractère approprié de l'ETPS ne sont pas pertinentes.

[41] L'objection des défendeurs à l'égard du témoignage de M<sup>me</sup> Musalo est plus faible. Les défendeurs affirment que les déclarations publiques de l'organisation de cette dernière concernant la probabilité de succès des demandes d'asile dans le système américain sont en contradiction directe avec la preuve fournie dans ses affidavits. Plus précisément, les défendeurs affirment que le site Web de M<sup>me</sup> Musalo donne à penser que des demandes d'asile peuvent être présentées avec succès, alors que dans ses affidavits (22 septembre 2017 et 25 juin 2018), elle affirme que la probabilité de succès est faible. La difficulté quant à la manière dont les défendeurs ont soulevé leurs objections à ces éléments de preuve réside dans le fait qu'ils ne précisent pas les passages ou les déclarations qu'ils contestent. Je suis d'accord avec les défendeurs pour dire que les déclarations catégoriques générales sur le succès des demandes d'asile dans le système américain ne sont pas pertinentes et je ne tiendrai donc pas compte de ces déclarations.

[42] M<sup>me</sup> Anker et M<sup>me</sup> Musalo ont toutes deux signé le certificat relatif au code de déontologie régissant les témoins experts figurant aux *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106] dans lequel chacune d'elles a reconnu expressément ce qui suit : « [j']atteste avoir pris connaissance du Code de déontologie régissant les témoins experts, figurant à l'annexe des *Règles des Cours fédérales*, et j'accepte de m'y conformer ». Le Code de déontologie prévoit les devoirs suivants :

1 Le témoin expert désigné pour produire un rapport qui sera présenté en preuve ou pour témoigner dans une instance a l'obligation primordiale d'aider la Cour avec impartialité quant aux questions qui relèvent de son domaine de compétence.

2 Cette obligation l'emporte sur toute autre qu'il a envers une partie à l'instance notamment envers la personne qui

expert is to be independent and objective. An expert is not an advocate for a party.

[43] In *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182 (*White Burgess*), the Supreme Court of Canada held that the role of an expert is to assist the Court, *not* to advocate. The Court further noted that experts “have a special duty to the court to provide fair, objective and non-partisan assistance” (*White Burgess*, at paragraph 2).

[44] Having considered Professors Anker and Musalo’s evidence in the full context of these applications, I accept their evidence. I acknowledge that they are engaged in broader forms of advocacy in support of asylum causes. However, for the present applications, their evidence was based on their professional views of the U.S. asylum system and how it functions, or fails to function. It is in that regard that their evidence and opinions are of assistance to the Court.

[45] Given the failure of the respondents to clearly articulate their specific objections, and considering the test outlined by the Supreme Court in *White Burgess*, I accept their evidence subject to the qualifications noted.

#### Ms. Mustefa’s Request to Make New Arguments

[46] At the hearing, Ms. Mustefa’s lawyers requested leave to amend her application to make new procedural fairness arguments. I declined this request. As I stated at the hearing, these applications had been ongoing for a number of years, accordingly, there was ample time to identify and raise these arguments earlier. In my view, it was not fair to the respondents, or in the interests of justice, to allow Ms. Mustefa to raise procedural fairness arguments at the hearing of this judicial review application.

retient ses services. Le témoin expert se doit d’être indépendant et objectif. Il ne doit pas plaider le point de vue d’une partie.

[43] Dans l’arrêt *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182 (*White Burgess*), la Cour suprême du Canada a souligné que le rôle d’un expert est d’aider la Cour, et non de se faire le défenseur d’une cause. La Cour a également ajouté que les tout témoin expert « a l’obligation particulière d’apporter au tribunal une aide juste, objective et impartiale » (*White Burgess*, au paragraphe 2).

[44] Après examen des témoignages de M<sup>me</sup> Anker et de M<sup>me</sup> Musalo dans le contexte complet des présentes demandes, j’accepte leurs témoignages. Je reconnais qu’elles sont engagées dans des formes plus larges d’activités de plaider en faveur de causes en matière d’asile. Cependant, pour les présentes demandes, leurs témoignages étaient fondés sur leur opinion professionnelle du système d’asile américain et de son fonctionnement ou de ses lacunes. C’est à cet égard que leurs témoignages et leurs opinions sont utiles à la Cour.

[45] Étant donné que les défendeurs n’ont pas exposé clairement leurs objections précises, et compte tenu du critère défini par la Cour suprême dans l’arrêt *White Burgess*, j’accepte leurs témoignages dans la limite des réserves mentionnées.

#### Demande de M<sup>me</sup> Mustefa pour présenter de nouveaux arguments

[46] À l’audience, les avocats de M<sup>me</sup> Mustefa ont demandé l’autorisation de modifier sa demande afin de pouvoir présenter de nouveaux arguments en matière d’équité procédurale. J’ai rejeté cette demande. Comme je l’ai mentionné à l’audience, les présentes demandes étant en cours depuis plusieurs années, les avocats ont eu amplement de temps de relever ces arguments et de les soulever plus tôt. À mon avis, il n’était pas équitable pour les défendeurs, ni dans l’intérêt de la justice, de permettre à M<sup>me</sup> Mustefa de soulever des arguments relatifs à l’équité procédurale lors de l’audition de la présente demande de contrôle judiciaire.

## VIII. ISSUES

[47] The following are the issues for determination:

- A. Is section 159.3 of the Regulations *ultra vires*?
- B. Does the STCA infringe section 7 of the Charter?
- C. Is the infringement justified under section 1 of the Charter?
- D. Does the STCA infringe section 15 of the Charter?
- E. Should the Court decline to consider Ms. Mustefa's application?
- F. Do certified questions arise?

## IX. STANDARD OF REVIEW

[48] After hearing these applications, the Supreme Court released its decision in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*). Accordingly, I invited the parties to make post-hearing submissions on the impact of *Vavilov* on the applicable standard of review.

[49] The applicants assert that *Vavilov* strengthens their position that section 159.3 of the Regulations is *ultra vires* for two reasons. First, because the Supreme Court held that external constraints limit the range of reasonable outcomes of administrative decisions (*Vavilov*, at paragraph 90). Second, they argue that, even when applying a deferential standard, interpretations that are contrary to the legislative purpose of the grant of power, contrary to the overarching purpose of the Act, or contrary to Canada's international obligations will necessarily be unreasonable (*Vavilov*, at paragraphs 114 and 120).

## VIII. QUESTIONS EN LITIGE

[47] Les questions à trancher sont les suivantes :

- A. L'article 159.3 du Règlement est-il *ultra vires*?
- B. L'ETPS viole-t-elle l'article 7 de la Charte?
- C. Cette violation est-elle justifiée au regard de l'article premier de la Charte?
- D. L'ETPS viole-t-elle l'article 15 de la Charte?
- E. La Cour devrait-elle refuser d'examiner la demande de M<sup>me</sup> Mustefa?
- F. Y a-t-il en l'espèce des questions à certifier?

## IX. NORME DE CONTRÔLE

[48] Après l'instruction des présentes demandes, la Cour suprême a rendu sa décision dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 (*Vavilov*). J'ai donc invité les parties à présenter leurs observations après l'audience sur l'incidence de l'arrêt *Vavilov* sur la norme de contrôle applicable.

[49] Les demandeurs affirment que l'arrêt *Vavilov* renforce leur position selon laquelle l'article 159.3 du Règlement est *ultra vires* pour deux raisons. Premièrement, parce que la Cour suprême a jugé que les contraintes externes limitent l'éventail des conclusions raisonnables que peut tirer un décideur administratif (*Vavilov*, au paragraphe 90). Deuxièmement, les demandeurs soutiennent que, même en appliquant une norme commandant la déférence, les interprétations qui sont contraires à l'objectif législatif de l'attribution du pouvoir, contraires à l'objet général d'une loi ou contraires aux obligations internationales du Canada seront nécessairement déraisonnables (*Vavilov*, aux paragraphes 114 et 120).



[50] The respondents say that *Vavilov* does not change their position on the *vires* issue, because, according to the respondents, the Court cannot consider evidence that post-dates the promulgation of section 159.3 of the Regulations. Therefore, the standard of review question is irrelevant as the issue is resolved before it is necessary to consider the appropriate standard of review.

[51] Taking these positions into consideration, and the direction provided in *Vavilov*, in my view, the standard of review for the *vires* considerations is reasonableness. *Vavilov*, at paragraph 68 states:

Reasonableness review does not give administrative decision makers free rein in interpreting their enabling statutes, and therefore does not give them licence to enlarge their powers beyond what the legislature intended. Instead, it confirms that the governing statutory scheme will always operate as a constraint on administrative decision makers and as a limit on their authority. Even where the reasonableness standard is applied in reviewing a decision maker’s interpretation of its authority, precise or narrow statutory language will necessarily limit the number of *reasonable* interpretations open to the decision maker — perhaps limiting it [to] one. [Emphasis in original.]

[52] The issue of whether section 159.3 of the Regulations and paragraph 101(1)(e) of the IRPA violate the Charter will be considered on a correctness standard (*Vavilov*, at paragraph 57).

#### X. ANALYSIS

Is Section 159.3 of the Regulations *Ultra Vires*?

*Statutory and Convention Provisions*

[53] The relevant provisions of the IRPA are:

**3 (1) ...**

**Application**

**(3)** This Act is to be construed and applied in a manner that

[50] Les défendeurs affirment que l’arrêt *Vavilov* ne change pas leur position sur la question de l’excès de pouvoir, car, selon eux, la Cour ne peut pas tenir compte de preuves qui sont postérieures à l’adoption de l’article 159.3 du Règlement. Par conséquent, la question de la norme de contrôle n’est pas pertinente puisqu’elle est tranchée avant même qu’il ne soit nécessaire d’examiner la norme de contrôle applicable.

[51] Compte tenu de ces positions et des directives que fournit l’arrêt *Vavilov*, la norme de contrôle applicable aux considérations d’excès de pouvoir est, à mon avis, celle de la décision raisonnable. Le paragraphe 68 de l’arrêt *Vavilov* énonce ce qui suit :

La norme de la décision raisonnable ne permet pas aux décideurs administratifs d’interpréter leur loi habilitante à leur gré et ne les autorise donc pas à élargir la portée de leurs pouvoirs au-delà de ce que souhaitait le législateur. Elle vient plutôt confirmer que le régime législatif applicable servira toujours à circonscrire les actes ainsi que les pouvoirs des décideurs administratifs. Même dans les cas où l’interprétation que le décideur donne de ses pouvoirs fait l’objet d’un contrôle selon la norme de la décision raisonnable, un texte législatif formulé en termes précis ou étroits aura forcément pour effet de restreindre les interprétations *raisonnables* que le décideur peut retenir — en les limitant peut être à une seule. [Italique dans l’original.]

[52] La question de savoir si l’article 159.3 du Règlement et l’alinéa 101(1)(e) de la LIPR violent la Charte sera examinée selon la norme de la décision correcte (*Vavilov*, au paragraphe 57).

#### X. ANALYSE

L’article 159.3 du Règlement est-il *ultra vires*?

*Dispositions des lois et des conventions*

[53] Les dispositions pertinentes de la LIPR sont les suivantes :

**3 (1) [...]**

**Interprétation et mise en œuvre**

**(3)** L’interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :



...	[...]
(d) ensures that decisions taken under this Act are consistent with the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , including its principles of equality and freedom from discrimination and of the equality of English and French as the official languages of Canada;	d) d'assurer que les décisions prises en vertu de la présente loi sont conformes à la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , notamment en ce qui touche les principes, d'une part, d'égalité et de protection contre la discrimination et, d'autre part, d'égalité du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada;
...	[...]
(f) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.	f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire.
...	[...]
<b>Preparation of report</b>	<b>Rapport d'interdiction de territoire</b>
<b>44 (1)</b> An officer who is of the opinion that a permanent resident or a foreign national who is in Canada is inadmissible may prepare a report setting out the relevant facts, which report shall be transmitted to the Minister.	<b>44 (1)</b> S'il estime que le résident permanent ou l'étranger qui se trouve au Canada est interdit de territoire, l'agent peut établir un rapport circonstancié, qu'il transmet au ministre.
...	[...]
<b>Ineligibility</b>	<b>Irrecevabilité</b>
<b>101 (1)</b> A claim is ineligible to be referred to the Refugee Protection Division if	<b>101 (1)</b> La demande est irrecevable dans les cas suivants :
...	[...]
(e) the claimant came directly or indirectly to Canada from a country designated by the regulations, other than a country of their nationality or their former habitual residence; or	e) arrivée, directement ou indirectement, d'un pays désigné par règlement autre que celui dont il a la nationalité ou dans lequel il avait sa résidence habituelle;
...	[...]
<b>Regulations</b>	<b>Règlements</b>
<b>102 (1)</b> The regulations may govern matters relating to the application of sections 100 and 101, may, for the purposes of this Act, define the terms used in those sections and, for the purpose of sharing responsibility with governments of foreign states for the consideration of refugee claims, may include provisions	<b>102 (1)</b> Les règlements régissent l'application des articles 100 et 101, définissent, pour l'application de la présente loi, les termes qui y sont employés et, en vue du partage avec d'autres pays de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile, prévoient notamment :
(a) designating countries that comply with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention Against Torture;	a) la désignation des pays qui se conforment à l'article 33 de la Convention sur les réfugiés et à l'article 3 de la Convention contre la torture;
...	[...]

**Factors**

(2) The following factors are to be considered in designating a country under paragraph (1)(a):

(a) whether the country is a party to the Refugee Convention and to the Convention Against Torture;

(b) its policies and practices with respect to claims under the Refugee Convention and with respect to obligations under the Convention Against Torture;

(c) its human rights record; and

(d) whether it is party to an agreement with the Government of Canada for the purpose of sharing responsibility with respect to claims for refugee protection.

**Review**

(3) The Governor in Council must ensure the continuing review of factors set out in subsection (2) with respect to each designated country.

[54] Section 159.3 of the IRPR states:

**Designation — United States**

**159.3** The United States is designated under paragraph 102(1)(a) of the Act as a country that complies with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention Against Torture, and is a designated country for the purpose of the application of paragraph 101(1)(e) of the Act.

[55] Article 33 of the Refugee Convention provides:

**ARTICLE 33***Prohibition of Expulsion or Return (“Refoulement”)*

1. No Contracting State shall expel or return (“refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.

2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable

**Facteurs**

(2) Il est tenu compte des facteurs suivants en vue de la désignation des pays :

a) le fait que ces pays sont parties à la Convention sur les réfugiés et à la Convention contre la torture;

b) leurs politique et usages en ce qui touche la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention sur les réfugiés et les obligations découlant de la Convention contre la torture;

c) leurs antécédents en matière de respect des droits de la personne;

d) le fait qu’ils sont ou non parties à un accord avec le Canada concernant le partage de la responsabilité de l’examen des demandes d’asile.

**Suivi**

(3) Le gouverneur en conseil assure le suivi de l’examen des facteurs à l’égard de chacun des pays désignés.

[54] L’article 159.3 du RIPR est libellé comme suit :

**Désignation — États-Unis**

**159.3** Les États-Unis sont un pays désigné au titre de l’alinéa 102(1)a) de la Loi à titre de pays qui se conforme à l’article 33 de la Convention sur les réfugiés et à l’article 3 de la Convention contre la torture et sont un pays désigné pour l’application de l’alinéa 101(1)e) de la Loi.

[55] L’article 33 de la Convention sur les réfugiés prévoit ce qui suit :

**ARTICLE 33***Défense d’Expulsion et de Refoulement*

1. Aucun des États Contractants n’expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques [sic].

2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu’il y aura des raisons

grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.

[56] Article 3 of the Convention against Torture states:

#### ARTICLE 3

1. No State Party shall expel, return (“*refouler*”) or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture.

2. For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights.

[57] These provisions were considered extensively in *Canadian Council for Refugees v. Canada*, 2007 FC 1262, [2008] 3 F.C.R. 606 (*CCR 2007*) and *Canadian Council for Refugees v. Canada*, 2008 FCA 229, [2009] 3 F.C.R. 136 (*CCR 2008*).

#### *Applicants’ Submissions*

[58] The applicants argue that section 159.3 of the Regulations is *ultra vires* because the ongoing designation of the U.S. as a safe third country is inconsistent with the statutory purpose and the statutory grant of power. Further, they argue that the statutory conditions precedent for the ongoing designation of the U.S. as a safe third country have not been satisfied.

#### *Designation Inconsistent with Statutory Purpose and Grant of Power*

[59] The applicants submit that developments in the law since the F.C.A. decision in *CCR 2008* allow this Court to reconsider the *vires* issue. They rely upon *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers’ Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635 (*West Fraser Mills*) (at paragraphs 10 and 12) and *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan*

sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l’objet d’une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

[56] L’article 3 de la Convention contre la torture indique ce qui suit :

#### ARTICLE 3

1. Aucun État partie n’expulsera, ne refoulera, ni n’extraditera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu’elle risque d’être soumise à la torture.

2. Pour déterminer s’il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l’existence, dans l’État intéressé, d’un ensemble de violations systématiques des droits de l’homme, graves, flagrantes ou massives.

[57] Ces dispositions ont été examinées en détail dans les décisions *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2007 CF 1262, [2008] 3 R.C.F. 606 (*CCR 2007*) et *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2008 CAF 229, [2009] 3 R.C.F. 136 (*CCR 2008*).

#### *Observations des demandeurs*

[58] Les demandeurs font valoir que l’article 159.3 du Règlement est *ultra vires* parce que la désignation actuelle des États-Unis comme tiers pays sûr est incompatible avec l’objet de la loi habilitante et les pouvoirs conférés par celle-ci. De plus, ils font valoir que les conditions prévues par la loi préalables à la désignation actuelle des États-Unis en tant que tiers pays sûr n’ont pas été remplies.

#### *Désignation incompatible avec l’objet de la loi et les pouvoirs conférés par la loi*

[59] Les demandeurs allèguent que l’évolution du droit depuis la décision de la Cour d’appel fédérale (la C.A.F.) dans l’affaire *CCR 2008* permet à la Cour de réexaminer la question de l’excès de pouvoir. Les demandeurs s’appuient sur les arrêts *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers’ Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635 (*West Fraser Mills*)

(*District*), 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5 (at paragraph 12) to argue that a regulation is *ultra vires* when it is “inconsistent with the objective of the enabling statute or the scope of the statutory mandate” (*West Fraser Mills*, at paragraph 12).

[60] According to the applicants, based on the evidence of violations by the U.S. of the Refugee Convention, the U.S. is not a safe third country. They rely upon the following evidence:

- “Proposal for a Targeted Review of the US as a Safe Third Country” (Exhibit 8 to the cross-examination of André Baril) (“Proposal for a Targeted Review”).
- *Submission by the United Nations High Commissioner for Refugees For the Office of the High Commissioner for Human Rights’ Compilation Report – Universal Periodic Review: United States of America*, UNHCR, October 2014 (Exhibit 10 to the cross-examination of André Baril) (Universal Periodic Review).
- Memorandum to Minister Hussein from Deputy Minister, “Amnesty International and Canadian Council for Refugees Report Contesting the Designation of the US as a Safe Third Country” (June 28, 2017) (Exhibit 10 to the cross-examination of André Baril) (Contesting the Designation of the US as a Safe Third Country).
- Human Rights Watch, *In the Freezer: Abusive Conditions for Women and Children in US Immigration Holding Cells* [28 February 2018] (Exhibit 30 to the cross-examination of André Baril) (In the Freezer).
- “Memorandum to the Assistant Deputy Minister—U.S. Development pertaining to domestic and gang violence related to asylum claims” (Exhibit 29 to the cross-examination of André Baril).

(aux paragraphes 10 et 12) et *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5 (au paragraphe 12) pour faire valoir qu’un règlement est *ultra vires* lorsqu’il est « incompatible avec l’objectif de [l]a loi habilitante ou encore [s]’il déborde le cadre du mandat prévu par la Loi » (*West Fraser Mills*, au paragraphe 12).

[60] Selon les demandeurs, à la lumière des preuves de violations de la Convention sur les réfugiés par les États-Unis, ce pays n’est pas un tiers pays sûr. Les éléments de preuve étayant leurs allégations sont les suivants :

- « Proposal for a Targeted Review of the US as a Safe Third Country » (pièce 8 relative au contre-interrogatoire d’André Baril) (la Proposition de réexamen ciblé).
- *Submission by the United Nations High Commissioner for Refugees For the Office of the High Commissioner for Human Rights’ Compilation Report – Universal Periodic Review : United States of America*, HCNUR, Octobre 2014 (pièce 10 relative au contre-interrogatoire d’André Baril) (l’Examen périodique universel).
- Mémoire du sous-ministre adressée au ministre Hussein, «Amnesty International and Canadian Council for Refugees Report contesting the Designation of the US as a Safe Third Country » (28 juin 2017) (pièce 10 relative au contre-interrogatoire d’André Baril) (le Rapport contestant la désignation des États-Unis en tant que tiers pays sûr).
- Human Rights Watch, *In the Freezer : Abusive Conditions for Women and Children in US Immigration Holding Cells* [28 février 2018] (pièce 30 relative au contre-interrogatoire d’André Baril) (le rapport In the Freezer).
- « Memorandum to the Assistant Deputy Minister – U.S. Development pertaining to domestic and gang violence related to asylum claims » (pièce 29 relative au contre-interrogatoire d’André Baril).

- “Domestic Gang Violence Claims in the US”, September 2018 (Exhibit 20 to the cross-examination of André Baril).
- “Memorandum to the Assistant Deputy Minister— U.S. Development pertaining to domestic and gang violence related to asylum claims”, Summary (Exhibit 23 to the cross-examination of André Baril).
- “UNHCR Amicus brief on asylum policy developments in the US” (Exhibit 24 to the cross-examination of André Baril) (UNHCR Amicus brief).
- Emails from Dean Barry with IRCC [Immigration, Refugees and Citizenship Canada] Reports and Flash Reports, June 7, 2018—November 26, 2018 (Exhibit 52 to the cross-examination of André Baril).
- « Domestic Gang Violence Claims in the US », septembre 2018 (pièce 20 relative au contre-interrogatoire d’André Baril).
- « Memorandum to the Assistant Deputy Minister – U.S. Development pertaining to domestic and gang violence related to asylum claims », sommaire (pièce 23 relative au contre-interrogatoire d’André Baril).
- « UNHCR Amicus brief on asylum policy developments in the US » (pièce 24 relative au contre-interrogatoire d’André Baril) (le Mémoire d’*amicus curiae* du HCR [Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés]).
- Courriels de Dean Barry auxquels sont joints des rapports et des rapports sommaires d’IRCC [Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada], 7 juin 2018 — 26 novembre 2018 (pièce 52 relative au contre-interrogatoire d’André Baril).

[61] The applicants argue that based upon these reports, Canadian officials were aware of the U.S. practice of detaining and punishing asylum-seekers in contravention of the Refugee Convention. They point out that the detention conditions were reported to the Minister in the document “Contesting the Designation of the US as a Safe Third Country” prepared by Amnesty International and The Canadian Council for Refugees. The “Proposal for a Targeted Review” provided information on the U.S. policy of separating parents from their children in detention. “In the Freezer” confirms that routine detention in inhumane conditions was continuing in the U.S. into February 2018.

[62] Information contained in the “Universal Periodic Review” and the “Contesting the Designation of the US as a Safe Third Country” reports provided the Canadian government with information on the impact of the one-year bar, the U.S. zero tolerance policy and the risk of *refoulement*. In the U.S., asylum seekers must make their claim within a year of entering the U.S. If this deadline is missed, claimants must show it is more likely than

[61] Les demandeurs font valoir qu’à la lumière de ces rapports, les autorités canadiennes étaient au courant de la pratique américaine consistant à détenir et à punir les demandeurs d’asile et savaient que celle-ci ne respectait pas Convention sur les réfugiés. Ils soulignent que les conditions de détention ont été signalées au ministre dans le Rapport contestant la désignation des États-Unis en tant que tiers pays sûr préparé par Amnistie internationale et le Conseil canadien pour les réfugiés. La Proposition de réexamen ciblé fournit des renseignements sur la politique américaine de séparation des parents de leurs enfants lorsqu’ils sont en détention. Le rapport « In the Freezer » confirme que la détention systématique dans des conditions inhumaines s’est poursuivie aux États-Unis jusqu’en février 2018.

[62] Les renseignements contenus dans l’Examen périodique universel et le Rapport contestant la désignation des États-Unis en tant que tiers pays sûr ont fourni au gouvernement canadien des informations sur les répercussions du délai de prescription d’un an, de la politique de tolérance zéro américaine et du risque de *refoulement*. Aux États-Unis, les demandeurs d’asile doivent présenter leur demande au cours de l’année qui suit leur entrée

not that they will be persecuted because of a protected ground, which is a higher standard than the usual standard of having a well-founded fear of persecution. The applicants contend that the shift in the burden after the one-year deadline is missed means that people with legitimate claims will likely be *refouled* because they do not reach the new (higher) threshold.

[63] The applicants also argue that the adoption of the “zero tolerance” policy for illegal entry was an explicit attempt to deter migration, including asylum seekers. They point to the February 4, 2019 cross-examination of Prof. Yale-Loerh who agreed that family separation and detention are penalties being imposed to deter migrants from entering the U.S.

[64] Furthermore, the applicants argue that “UNHCR Amicus brief” demonstrates that following the decision in the *Matter of A-B-* [22 I&N 318 (A.G. 2018)], it became more difficult to establish domestic and/or gang grounds for refugee protection in the U.S.

[65] The applicants submit that the Canadian government had knowledge that the U.S. asylum practices and policies are not in keeping with the UNHCR Guidelines, and therefore the U.S. is not a “safe third country” within the meaning of the statutory purpose.

#### *Failure to Satisfy Conditions Precedent*

[66] The applicants submit that the factors outlined in subsections 102(2) and (3) of the IRPA are conditions precedent that have not been met. They rely upon the decisions in *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810 (*Katz*) and *Thorne’s Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106, (1983), 143 D.L.R. (3d) 577 (*Thorne’s*) to argue that the regulation, as subordinate legislation, is invalid as it fails to satisfy the applicable statutory conditions. The applicants argue that subsection 102(3) of the

sur le territoire. Si ce délai n’est pas respecté, les demandeurs doivent démontrer qu’il est plus probable que le contraire qu’ils seront persécutés en raison d’un motif protégé, ce qui est une norme plus élevée que la norme habituelle qui consiste à avoir une crainte fondée de persécution. Les demandeurs allèguent que le renversement du fardeau de preuve après le délai d’un an signifie que les personnes ayant des demandes légitimes seront probablement refoulées au motif qu’elles ne satisfont plus au nouveau critère (plus élevé).

[63] Les demandeurs font également valoir que l’adoption de la politique de « tolérance zéro » relativement à l’entrée illégale était une tentative explicite de dissuader la migration, y compris celle des demandeurs d’asile. Ils s’appuient sur le contre-interrogatoire du 4 février 2019 de M. Yale-Loerh qui a convenu que la séparation des familles et leur détention sont des sanctions imposées pour dissuader les migrants d’entrer aux États-Unis.

[64] De plus, les demandeurs allèguent que le mémoire d’*amicus curiae* du HCR démontre qu’à la suite de la décision rendue dans l’affaire *Matter of A-B-* [22 I&N 318 (A.G. 2018)], il est devenu plus difficile d’établir des motifs de protection des réfugiés aux États-Unis liés à la famille et/ou aux gangs.

[65] Les demandeurs font valoir que le gouvernement canadien savait que les pratiques et les politiques des États-Unis en matière d’asile n’étaient pas conformes aux principes directeurs du HCR et que les États-Unis ne sont donc pas un « tiers pays sûr » au sens de l’objet de la loi.

#### *Défaut de satisfaire aux conditions préalables*

[66] Les demandeurs allèguent que les facteurs énoncés aux paragraphes 102(2) et (3) de la LIPR sont des conditions préalables qui n’ont pas été remplies. Ils s’appuient sur les décisions *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810 (*Katz*) et *Thorne’s Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106 (*Thorne’s*) pour faire valoir que le Règlement, en tant que texte législatif subordonné, est invalide car il ne répond pas aux exigences applicables prévues par la loi. Les demandeurs soutiennent que le



IRPA mandates a continuing review of the designation factors and requires the Minister to form an opinion that the safe third country designation should be maintained.

[67] Initially, by the 2004 Order in Council (OIC) [P.C. 2004-1158 (October 12, 2004)], the review responsibility was delegated to the Minister of Citizenship and Immigration. In his affidavit, Mr. Baril explains that pursuant to the 2004 OIC, reviews were conducted every 5 years (2009 and 2014). The 2015 OIC [P.C. 2015-0809 (June 11, 2015)] marked a change in the review responsibility. The 2015 OIC states:

1. (1) The Minister of Citizenship and Immigration must undertake a review, on a continual basis, of the factors set out in subsection 102(2) of the Immigration and Refugee Protection Act with respect to the United States, as a country designated under paragraph 102(1)(a) of that Act and referred to in section 159.3 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, by monitoring those factors on a regular basis. The Minister must report to the Governor in Council on that review when the circumstances warrant.

[68] The applicants allege that this change in review responsibility was an unlawful sub-delegation of the review authority (*Brant Dairy Co. v. Milk Commission of Ontario*, [1973] S.C.R. 131, (1972), 30 D.L.R. (3d) 559; *Morton v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2015 FC 575, 96 Admin. L.R. (5th) 1, at paragraphs 82–83).

[69] On monitoring, the applicants argue that the evidence demonstrates that there was a lack of meaningful analysis of the U.S. compliance with the Refugee Convention and international human rights standards. According to the applicants, in the absence of such analysis, the Minister, and the GIC [Governor in Council], were not provided with the information necessary to assess the designation.

[70] The applicants say that the F.C.A. in *CCR 2008*, did not consider whether subsection 102(3) created a condition precedent to the validity of the ongoing designation. They argue that the F.C.A. did not make any finding on whether ongoing review is actually required.

paragraphe 102(3) de la LIPR impose un suivi de l'examen des facteurs de désignation et exige que le ministre juge si la désignation de tiers pays sûr doit être maintenue.

[67] Initialement, aux termes du décret de 2004 [C.P. 2004-1158 (12 octobre 2004)], la responsabilité de l'examen était déléguée au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. Dans son affidavit, M. Baril explique qu'en vertu du décret de 2004, les examens étaient effectués tous les cinq ans (2009 et 2014). Le décret de 2015 [C.P. 2015-0809 (11 juin 2015)] a marqué un changement dans la responsabilité de l'examen. Le décret de 2015 stipule ce qui suit :

1. (1) Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration procède, sur une base régulière, au suivi de l'examen des facteurs prévus au paragraphe 102(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* à l'égard des États-Unis, à titre de pays désigné en vertu de l'alinéa 102(1)a) de cette loi et visé à l'article 159.3 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* en surveillant ces facteurs sur une base régulière. Il fait rapport au gouverneur en conseil relativement à cet examen si les circonstances le justifient.

[68] Les demandeurs allèguent que ce changement de responsabilité en matière d'examen était une sous-délégation illégale du pouvoir d'examen (*Brant Dairy Co. c. Milk Commission of Ontario*, [1973] R.C.S. 131; *Morton c. Canada (Pêches et Océans)*, 2015 CF 575, aux paragraphes 82 et 83).

[69] En ce qui concerne le volet de la surveillance, les demandeurs font valoir que la preuve démontre qu'il y a eu un manque d'analyse significative quant au respect par les États-Unis de la Convention sur les réfugiés et des normes internationales en matière de droits de la personne. Selon les demandeurs, en l'absence d'une telle analyse, le ministre et le gouverneur en conseil n'ont pas disposé des informations nécessaires pour réévaluer la désignation.

[70] Les demandeurs affirment que dans l'affaire *CCR 2008*, la C.A.F. n'a pas examiné si le paragraphe 102(3) créait une condition préalable au maintien de la désignation des États-Unis. Ils indiquent que la C.A.F. n'a pas fait de constatation sur la nécessité d'assurer le suivi

They argue that the F.C.A. did not find subsequent factors are irrelevant, and that, as such, the F.C.A. has not decided the *vires* issue they raise now. The applicants further note that, unlike in *CCR 2008*, they are seeking a remedy for the alleged failure to review (see: *CCR 2008*, at paragraph 83).

#### *Analysis—Ultra Vires*

[71] I begin the analysis of this issue by reference to the following statement from the F.C.A. in *CCR 2008*, at paragraph 57:

An attack aimed at the *vires* of a regulation involves the narrow question of whether the conditions precedent set out by Parliament for the exercise of the delegated authority are present at the time of the promulgation....

[72] Further, at paragraph 89, the F.C.A. states:

There is one key date that the applications Judge had to be mindful of: December 29, 2004, when the Regulations came into force, the last relevant date for the assessment of the *vires* issue. Regardless of the conditions precedent which one wishes to apply, the *vires* of the Regulations could not be assessed on the basis of facts, events or developments that are subsequent to the date of the promulgation.

[73] On the decision to designate the U.S., the F.C.A. found that “[o]nce ... the GIC has given due consideration to these four factors, and formed the opinion that the candidate country is compliant with the relevant Articles of the Conventions, there is nothing left to be reviewed judicially” (*CCR 2008*, at paragraph 78).

[74] Considering the clear statements from the F.C.A. in *CCR 2008*, and notwithstanding the able arguments of counsel for the applicants, I am bound by *CCR 2008*. While the applicants have somewhat reframed the *vires* arguments on these judicial review applications, in my view, the F.C.A. decision is a full answer to the *vires* argument even as the applicants now present them.

de cette désignation. Ils font valoir que la CAF n’a pas jugé que les facteurs ultérieurs n’étaient pas pertinents et qu’elle n’a donc pas tranché la question de l’excès de pouvoir qu’ils soulèvent maintenant. Les demandeurs soulignent notamment que, contrairement à l’affaire *CCR 2008*, ils cherchent à obtenir une réparation pour le prétendu défaut d’assurer le suivi (voir : *CCR 2008*, au paragraphe 83).

#### *Analyse — ultra vires*

[71] Je commencerai l’analyse de cette question en renvoyant à la conclusion suivante de la C.A.F. au paragraphe 57 de l’arrêt *CCR 2008* :

La contestation de la légalité d’un règlement soulève la question précise de savoir si les conditions préalables à l’exercice du pouvoir délégué qui ont été énoncées par le législateur existent au moment où le règlement est pris [...]

[72] Plus loin, au paragraphe 89, la C.A.F. souligne ce qui suit :

Il y a une date importante que le juge de première instance aurait dû retenir : le 29 décembre 2004, la date à laquelle le Règlement est entré en vigueur, la dernière date pertinente en ce qui a trait à l’évaluation de la question de légalité. Peu importe les conditions préalables que l’on veut appliquer, la légalité du Règlement ne pouvait pas être évaluée sur la foi de faits survenus après la date de la prise du Règlement.

[73] En ce qui concerne la décision de désigner les États-Unis, la C.A.F. a conclu ce qui suit : « Une fois que [...] le GC a tenu compte de ces quatre facteurs de manière appropriée et qu’il est arrivé à la conclusion que le pays candidat se conforme aux articles pertinents des Conventions, il n’y a plus rien qui puisse faire l’objet d’un contrôle judiciaire » (*CCR 2008*, au paragraphe 78).

[74] Compte tenu des observations claires formulées par la C.A.F. dans l’arrêt *CCR 2008*, et malgré les arguments solides des avocats des demandeurs, je suis liée par l’arrêt *CCR 2008*. Bien que les demandeurs aient quelque peu reformulé les arguments sur la question de l’excès de pouvoir dans le cadre des présentes demandes de contrôle judiciaire, la décision de la C.A.F. fournit,

[75] I have considered the cases relied upon by the applicants (*Katz, Thorne's, Wildlands League v. Ontario (Natural Resources and Forestry)*, 2016 ONCA 741 [*sub nom. Wildlands League v. Ontario Lieutenant Governor in Council*], 134 O.R. (3d) 450), however I do not read these cases as opening the door for this Court to take post-promulgation facts into consideration to determine the *vires* of the regulation. These cases specify that judicial review of regulations is “usually restricted to the grounds that they are inconsistent with the purpose of the statute or that some condition precedent in the statute has not been observed” (*Katz*, at paragraph 27). This issue was addressed in *CCR 2008*.

[76] In *CCR 2008*, the F.C.A. notes in paragraphs 74, 75, 76 and 78 that section 101 of the IRPA does not require “actual compliance” or compliance in absolute terms. Further, the wording of subsection 102(3) does not reference actual compliance with the Refugee Convention or the Convention against Torture, rather, it is compliance with the factors set out in subsection 102(2) of the IRPA that is assessed.

[77] The applicants’ arguments regarding the sufficiency of the ongoing review were also addressed by the F.C.A. in *CCR 2008*, at paragraphs 92–97. For the time-frame post *CCR 2008*, in his affidavit, Mr. Baril confirms that reporting on the STCA continued. Mr. Baril states that the IRCC prepared reports in December 2016, March 2017, and February 2018, although he acknowledges that these reports were not submitted to the Governor in Council (GIC).

[78] Redacted versions of the reports to the Minister were marked as exhibits to Mr. Baril’s cross-examination. Although the content of these reports was not in evidence, they do provide evidence that reporting continued after the 2015 OIC. Therefore, I am satisfied that the obligation to review and to report “when the circumstances warrant” as noted in the 2015 OIC continued. Furthermore, the applicants’ arguments regarding

selon moi, une réponse complète aux arguments fondés sur l’excès de pouvoir même si les demandeurs les présentent maintenant.

[75] J’ai examiné les décisions invoquées par les demandeurs (*Katz, Thorne's, Wildlands League v. Ontario (Natural Resources and Forestry)*, 2016 ONCA 741 [*sub nom. Wildlands League v. Ontario (Lieutenant Governor in Council)*], 134 O.R. (3d) 450), mais je ne considère pas que celles-ci permettent la prise en compte par notre Cour de faits survenus après la date de prise du Règlement pour se prononcer sur la légalité de celui-ci. Ces décisions précisent que le contrôle judiciaire des règlements « se limite normalement à la question de leur incompatibilité avec l’objet de la loi ou à l’inobservation d’une condition préalable prévue par la loi » (*Katz*, au paragraphe 27). Cette question a été abordée dans l’arrêt *CCR 2008*.

[76] Dans l’arrêt *CCR 2008*, la C.A.F. souligne aux paragraphes 74, 75, 76 et 78 que l’article 101 de la LIPR n’exige pas une « conformité effective » ou rigoureuse. De plus, le libellé du paragraphe 102(3) ne fait pas référence à la conformité effective avec la Convention sur les réfugiés ou la Convention contre la torture, mais plutôt à la conformité avec les facteurs énoncés au paragraphe 102(2) de la LIPR qui sont évalués.

[77] Les arguments des demandeurs concernant le caractère suffisant du suivi ont également été abordés par la C.A.F. aux paragraphes 92 à 97 de l’arrêt *CCR 2008*. Pour la période postérieure à l’arrêt *CCR 2008*, M. Baril confirme, dans son affidavit, que la production de rapports sur l’ETPS s’est poursuivie. M. Baril déclare qu’IRCC a préparé des rapports en décembre 2016, en mars 2017 et en février 2018, bien qu’il reconnaisse que ces rapports n’aient pas été soumis au gouverneur en conseil.

[78] Des versions expurgées des rapports au ministre ont été déposées à titre de pièces relatives au contre-interrogatoire de M. Baril. Bien que le contenu de ces rapports n’ait pas été produit en preuve, ces derniers prouvent que des rapports ont continué à être présentés après le décret de 2015. Par conséquent, je suis d’avis que l’obligation de procéder au suivi de l’examen des facteurs et de faire rapport « si les circonstances les

the 2015 OIC are an attempt to challenge the OIC itself, which is beyond the mandate of this judicial review.

[79] Overall, in my view, the applicants have not convinced me that the threshold to revisit the binding nature of the F.C.A. decision on the *vires* issue is met here. Notwithstanding that the factual circumstances of the applicants here may differ from the circumstances before the F.C.A. in 2008, what does not differ are the legal arguments aimed at the same legislative provisions as determined by the F.C.A. in 2008.

[80] I therefore find that the issue of whether section 159.3 of the IRPR is *ultra vires* of the IRPA was determined in *CCR 2008* and I see no grounds to depart from binding authority.

Does the STCA Violate Section 7 of the Charter?

[81] Section 7 of the Charter provides that “[e]veryone has the right to life, liberty and security of the person and the right not be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.”

#### *Applicants' Submissions*

[82] The applicants argue that there is a causal connection between Canada's adherence to the STCA and the deprivation of section 7 rights because failed STCA applicants are imprisoned upon being returned to the U.S. They argue that liberty and security of the person interests are engaged because of the penalization of asylum seekers by U.S. authorities. According to a report prepared by the UN Human Rights Council in July 2017, as referred to by Dr. Anker in her affidavit of October 6, 2017 (paragraph 19), the U.S. “now operates the largest immigration detention system in the world”.

justifient », tel qu'il est indiqué dans le décret de 2015, a été respectée. Par ailleurs, les arguments des demandeurs concernant le décret de 2015 constituent une tentative de contester le décret lui-même, ce qui outrepassé le mandat du présent contrôle judiciaire.

[79] Dans l'ensemble, les demandeurs ne m'ont pas convaincu que le critère nécessaire au réexamen de la nature contraignante de la décision de la C.A.F. sur la question de l'excès de pouvoir a été satisfait en l'espèce. Même si les circonstances factuelles des demandeurs en l'espèce diffèrent de celles qui ont été portées à la connaissance de la C.A.F. en 2008, les arguments juridiques visant les mêmes dispositions législatives sur lesquels la C.A.F. s'est prononcée en 2008 ne diffèrent pas.

[80] Je conclus donc que la question de savoir si l'article 159.3 du RIPR est *ultra vires* de la LIPR a été tranchée par la C.A.F. en 2008 et je ne vois aucune raison d'aller à l'encontre d'une décision qui a force de précédent.

L'ETPS viole-t-elle l'article 7 de la Charte?

[81] L'article 7 de la Charte prévoit que « [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ».

#### *Observations des demandeurs*

[82] Les demandeurs soutiennent qu'il existe un lien de causalité entre l'adhésion du Canada à l'ETPS et la violation des droits garantis par l'article 7, car les demandeurs d'asile dont la demande a été jugée irrecevable en vertu de l'ETPS sont emprisonnés à leur retour aux États-Unis. Ils allèguent que leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne est en jeu en raison de la pénalisation des demandeurs d'asile par les autorités américaines. Selon un rapport préparé par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies en juillet 2017, auquel M<sup>me</sup> Anker fait référence dans son affidavit du 6 octobre 2017 (paragraphe 19), les États-Unis [TRADUCTION] « disposent aujourd'hui du plus grand système de détention d'immigrants au monde ».

[83] Aside from the deprivation of liberty caused by detention, the fact of being detained often results in a lack of basic human dignity, lack of medical care, and lack of food. Furthermore, detention impedes the ability to retain and instruct legal counsel and increases the risk of *refoulement*. Anwen Hughes states that asylum seekers can be detained for months without review of their detention.

#### *Respondents' Submissions*

[84] The respondents argue that even if section 7 is engaged on these facts, there are safeguards in the IRPA, ongoing monitoring of subsection 102(2) factors, and discretionary remedies. They also note that there is the option to seek judicial review of CBSA decisions. Additionally, the respondents argue that the Charter does not apply to U.S. law or the actions of U.S. authorities.

#### *Analysis*

##### (a) Section 7—General Principles

[85] Section 7 considerations are two-fold. First, a claimant must demonstrate that the challenged law deprives her or him of the right to life, liberty or security of the person. If so, section 7 is engaged. Once section 7 is engaged, the claimant must demonstrate that the deprivation is not in accordance with the principles of fundamental justice (*Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331 (*Carter*), paragraph 55).

[86] The principles of fundamental justice are concerned with arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality (*Carter*, at paragraph 72). “The question under s. 7 is whether *anyone’s* life, liberty or security of the person has been denied by a law that is inherently bad; a grossly disproportionate, over-broad, or arbitrary effect on one person is sufficient to establish a breach of s. 7” [emphasis in original] (*Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101 (*Bedford*), at paragraph 123).

[83] En plus d’être privé de sa liberté, le détenu se retrouve souvent privé de sa dignité humaine fondamentale, de soins médicaux et de nourriture. De plus, la détention empêche le détenu d’avoir recours aux services d’un avocat et augmente le risque de *refoulement*. Anwen Hughes affirme que les demandeurs d’asile peuvent être détenus pendant des mois sans que leur détention ne soit examinée.

#### *Observations des défendeurs*

[84] Les défendeurs soutiennent que même si l’article 7 s’applique compte tenu des faits en l’espèce, il existe des garanties dans la LIPR, un suivi de l’examen des facteurs énoncés au paragraphe 102(2) et des recours discrétionnaires. Ils notent également qu’il est possible de demander le contrôle judiciaire des décisions de l’ASFC. De plus, les défendeurs font valoir que la Charte ne s’applique pas au droit américain ni aux actes des autorités américaines.

#### *Analyse*

##### a) Article 7 — Principes généraux

[85] Les considérations relatives à l’article 7 comportent deux volets. Premièrement, le demandeur doit démontrer que la loi contestée porte atteinte aux droits à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne. Si tel est le cas, l’article 7 s’applique. Une fois que l’article 7 entre en jeu, le demandeur doit démontrer que l’atteinte aux droits garantis par l’article 7 n’était pas conforme aux principes de justice fondamentale (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331 (*Carter*), au paragraphe 55).

[86] Les principes de justice fondamentale concernent le caractère arbitraire, la portée excessive et le caractère totalement disproportionné (*Carter*, au paragraphe 72). « La question à se poser dans le cadre de l’analyse fondée sur l’art. 7 est celle de savoir si une disposition législative intrinsèquement mauvaise prive *qui que ce soit* du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne; un effet totalement disproportionné, excessif ou arbitraire sur une seule personne suffit pour établir l’atteinte au droit garanti à l’art. 7 » [italiques dans l’original] (*Canada (Procureur*

[87] As a starting point, I would note that having been physically present in Canada, the individual applicants have the right to advance a Charter claim (*Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, (1985), 17 D.L.R. (4th) 422, at paragraph 35 [pages 201–202 of S.C.R.]). Furthermore, the fact that Ms. Mustefa was returned to the U.S., does not prevent her from asserting a Charter claim (*Kreishan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 223, [2020] 2 F.C.R. 299 (*Kreishan*), at paragraph 78).

[88] In order to properly assess the section 7 arguments, it is important to understand the process that unfolds under the STCA when a claimant arrives at a Canadian land POE and claims refugee status.

[89] In her affidavit, Sharon Spicer, the Director of Inland Enforcement Operations and Case Management Division for the CBSA, details that process. It starts with an interview by a CBSA Examining Officer (EO) who makes an initial determination on eligibility under section 101 of the IRPA including whether any of the STCA exceptions apply. Exceptions to the STCA are outlined in paragraph 101(1)(e) and include, among others, those who have immediate family who are Canadian citizens or permanent residents, and unaccompanied minors. Following this assessment, the EO prepares an admissibility report to the Minister's Delegate (MD) under section 44 of the IRPA outlining the grounds of inadmissibility.

[90] Ms. Spicer explains that the MD reviews this report and informs the claimant of the results. If the claimant is eligible to advance a refugee claim, the claim is referred to the Immigration and Refugee Board. If the claimant is not eligible, the MD issues an exclusion order, which has immediate effect and removal takes place as soon as possible. If the CBSA EO determines that a

*général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101 (*Bedford*), au paragraphe 123).

[87] Pour commencer, je tiens à souligner qu'étant donné qu'ils se trouvent au Canada, les demandeurs ont individuellement le droit de faire valoir une revendication fondée sur la Charte (*Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, au paragraphe 35 [aux pages 201 et 202]). De plus, le fait que M<sup>me</sup> Mustefa ait été renvoyée aux États-Unis ne l'empêche pas de faire valoir une revendication fondée sur la Charte (*Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 223, [2020] 2 R.C.F. 299 (*Kreishan*), au paragraphe 78).

[88] Afin d'évaluer correctement les arguments relatifs à l'article 7, il est important de comprendre le processus qui se déroule en application de l'ETPS lorsqu'un demandeur arrive à un PDE terrestre canadien et présente une demande d'asile.

[89] Dans son affidavit, Sharon Spicer, directrice de la division Opérations d'exécution de la loi dans les bureaux intérieurs et gestion de cas pour l'ASFC, décrit ce processus en détail. Il commence par un entretien avec un agent d'examen de l'ASFC qui prend une décision initiale sur l'admissibilité au titre de l'article 101 de la LIPR, en se prononçant notamment sur la question de savoir si l'une des exceptions prévues par l'ETPS s'applique. Les exceptions à l'ETPS sont énoncées à l'alinéa 101(1)e de la LIPR et comprennent, entre autres, les personnes dont des membres de leur famille immédiate sont citoyens canadiens ou résidents permanents et les mineurs non accompagnés. À la suite de cette évaluation, l'agent d'examen établit un rapport circonstancié à l'intention du délégué du ministre en application de l'article 44 de la LIPR, qui décrit les motifs d'interdiction de territoire.

[90] M<sup>me</sup> Spicer explique que le délégué du ministre examine ce rapport et informe le demandeur d'asile des résultats. Si la demande d'asile du demandeur est recevable, la demande est renvoyée à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Si sa demande n'est pas recevable, le délégué du ministre prend une mesure d'exclusion, qui a un effet immédiat et le renvoi



claimant does not fall within one of the exceptions, and is therefore ineligible because of the operation of the STCA, the officer has no discretion to exercise.

[91] The CBSA arranges for the claimant to be returned to the U.S. by (1) informing their U.S. counterparts that the claimant is being returned, (2) providing a notification of return to U.S. authorities, or (3) driving the claimant back to the U.S.

[92] Here, each of the individual applicants were found to be ineligible because of the STCA. CBSA returned Ms. Mustefa to the U.S. where she was immediately imprisoned.

(b) Engagement—Liberty

[93] The applicants must establish that their liberty and security of the person has been or may be negatively affected or limited and that there is a sufficient causal connection between the STCA ineligibility finding and the prejudice suffered (*Bedford*, at paragraphs 58 and 75). In *Bedford*, at paragraph 75 (quoting from *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307), the Court noted the need for “a sufficient causal connection between the state-caused [effect] and the prejudice suffered by the [claimant]” [emphasis in original] for section 7 to be engaged. The Court also noted that the impugned government action or law does not need to be the only or the dominant cause of the prejudice suffered by the claimant; the connection can be satisfied by a reasonable inference drawn on a balance of probabilities. This requires a real and non-speculative link between the prejudice and the legislative provisions (*Bedford*, at paragraph 76).

[94] The issue in relation to section 7 is if the actions of Canadian officials in returning ineligible STCA claimants to U.S. authorities, where they will be imprisoned, is a sufficient causal connection so as to engage liberty and security of the person interests. The evidence is clear that the most significant harm suffered is imprisonment.

a lieu dès que possible. Si l’agent d’examen de l’ASFC détermine qu’un demandeur ne relève pas de l’une des exceptions, et que sa demande est donc irrecevable en raison de l’application de l’ETPS, l’agent n’a pas de pouvoir discrétionnaire à exercer.

[91] L’ASFC prend des dispositions pour que le demandeur soit renvoyé aux États-Unis 1) en informant ses homologues américains que le demandeur est renvoyé, 2) en envoyant un avis de renvoi aux autorités américaines ou 3) en reconduisant le demandeur aux États-Unis.

[92] En l’espèce, chacune des demandes d’asile des demandeurs a été jugée irrecevable en raison de l’ETPS. L’ASFC a renvoyé M<sup>me</sup> Mustefa aux États-Unis où elle a été immédiatement emprisonnée.

b) Applicabilité — Liberté

[93] Chacun des demandeurs doit démontrer que les dispositions contestées ont un effet préjudiciable, ou pourrait avoir pareil effet, sur son droit à la liberté et à la sécurité ou limitent ce droit et qu’il existe un lien de causalité suffisant entre la conclusion d’irrecevabilité au titre de l’ETPS et le préjudice subi (*Bedford*, aux paragraphes 58 et 75). Au paragraphe 75 de l’arrêt *Bedford* (citant l’arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307), la Cour suprême a souligné la nécessité de l’existence d’« un lien de causalité suffisant entre [l’effet] imputable à l’État et le préjudice subi par [le demandeur] » [souligné dans l’original] pour que l’article 7 entre en jeu. La Cour a également noté que la norme du lien de causalité suffisant n’exige pas que la mesure législative ou autre reprochée à l’État soit l’unique ou la principale cause du préjudice subi par le demandeur; il y est satisfait par déduction raisonnable, suivant la prépondérance des probabilités. Cela exige l’existence d’un lien réel, et non hypothétique (*Bedford*, au paragraphe 76).

[94] La question qui se pose en relation avec l’article 7 est de savoir si les actes des fonctionnaires canadiens, c’est-à-dire le renvoi des demandeurs dont la demande d’asile a été jugée irrecevable au titre de l’ETPS aux États-Unis, où ils seront emprisonnés par les autorités américaines, constituent un lien de causalité suffisant

Additionally, there are the related harms regarding the conditions of detention and the heightened risk of *refoulement*.

[95] In the case of the applicant Ms. Mustefa, upon being found ineligible she was returned to the U.S. by CBSA officers and immediately taken into custody by U.S. authorities. She was detained at the Clinton Correctional Facility for one month and held in solitary confinement for one week. She was released on bond on May 9, 2017.

[96] Ms. Mustefa's imprisonment evidence is compelling. In her affidavit she explains not knowing how long she would be detained or how long she would be kept in solitary confinement. She describes her time in solitary confinement as "a terrifying, isolating and psychologically traumatic experience." Ms. Mustefa, who is Muslim, believes that she was fed pork, despite telling the guards she could not consume it for religious reasons. Ms. Mustefa describes skipping meals because she was unable to access appropriate food, and losing nearly 15 pounds. Ms. Mustefa also notes that after she was released from solitary confinement, she was detained alongside people who had criminal convictions. She explains the facility as "freezing cold" and states that they were not allowed to use blankets during the day. Ms. Mustefa states that she "felt scared, alone, and confused at all times" and that she "did not know when [she] would be released, if at all."

[97] The anonymized affiants H.I., L.M., N.O., P.Q., R.S., T.U., V.W., X.Y., and Z.Z., were each detained by U.S. authorities after being refused entry to Canada as ineligible STCA claimants. In their affidavits, the affiants N.O., P.Q., T.U. and V.W., state that CBSA handed them directly over to U.S. officials. In the case of the affiant L.M., CBSA also gave her cellphone directly to U.S. officials.

pour mettre en jeu le droit à la liberté et à la sécurité de la personne. La preuve démontre clairement que le préjudice subi le plus important est l'emprisonnement. Il existe également des préjudices connexes relatifs aux conditions de détention et au risque accru de *refoulement*.

[95] Dans le cas de la demanderesse M<sup>me</sup> Mustefa, après que sa demande a été jugée irrecevable, elle a été renvoyée aux États-Unis par des agents de l'ASFC et immédiatement mise en détention par les autorités américaines. Elle a été détenue au centre de détention de Clinton pendant un mois et maintenue en isolement pendant une semaine. Elle a été libérée sous caution le 9 mai 2017.

[96] La preuve de l'emprisonnement de M<sup>me</sup> Mustefa est convaincante. Dans son affidavit, elle explique qu'elle ne savait pas combien de temps elle serait détenue ou placée en isolement. Elle décrit son séjour en isolement comme [TRADUCTION] « une expérience terrifiante, aliénante et psychologiquement traumatisante ». M<sup>me</sup> Mustefa, qui est musulmane, croit qu'on lui a donné du porc, bien qu'elle ait dit aux gardes qu'elle ne pouvait pas en consommer pour des raisons religieuses. M<sup>me</sup> Mustefa indique avoir sauté des repas parce qu'elle n'avait pas accès à une nourriture appropriée et avoir perdu près de 15 livres. Elle souligne également qu'après être sortie de l'isolement, elle a été détenue avec des personnes condamnées pour des infractions criminelles. Elle explique que l'établissement était d'un [TRADUCTION] « froid glacial » et qu'aucun des détenus n'était autorisé à utiliser des couvertures pendant la journée. M<sup>me</sup> Mustefa dit qu'elle [TRADUCTION] « se sentait effrayée, seule et confuse en tout temps » et qu'elle [TRADUCTION] « n'avait aucune idée quand elle allait être libérée ni si elle le serait un jour ».

[97] Les déposants anonymes H.I., L.M., N.O., P.Q., R.S., T.U., V.W., X.Y. et Z.Z. ont tous été détenus par les autorités américaines après s'être vu refuser l'entrée au motif de l'irrecevabilité de leur demande d'asile au titre de l'ETPS. Dans leurs affidavits, les déposants N.O., P.Q., T.U. et V.W. affirment que l'ASFC les a livrés directement aux autorités américaines. En ce qui concerne la déposante L.M., l'ASFC aurait également

[98] There is also the affidavit evidence of lawyers who provide assistance to those detained. Ruby Robinson, Carol Anne Donahue, Ramon Irizarry and Ryan Witmer work for organizations that provide legal services to those detained following their return to the U.S. under the STCA. Ms. Donahue notes that at the detention facility where she provides services, most are detained for two weeks to two months. Mr. Witmer notes that nearly all of the STCA returnees he has encountered have been detained for three to five weeks without bond. Mr. Witmer also states that attempts to claim refugee status in Canada can be used by U.S. authorities as grounds to justify a large bond and ongoing detention.

[99] The lawyers describe meeting their clients in detention and their clients spending weeks in detention before getting bond hearings. In cross-examination, Anwen Hughes confirmed that the average time in detention is 31 days.

[100] Deprivations of section 7 rights caused by actors other than our own government are still subject to the guarantee of fundamental justice, as long as there is a sufficient causal connection between our government's participation and the deprivation. In this context, a sufficient causal connection is one in which "Canada's participation is a necessary precondition" to the deprivation and "where the deprivation is an entirely foreseeable consequence of Canada's participation" (*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3 (*Suresh*), at paragraph 54). Canada "does not avoid the guarantee of fundamental justice merely because the deprivation in question would be effected by someone else's hand" (*Suresh*, at paragraph 54). Accordingly, the fact that STCA returnees are imprisoned by U.S. authorities, does not immunize the actions of Canadian officials from consideration.

remis son téléphone cellulaire directement aux autorités américaines.

[98] Les avocats qui fournissent une assistance aux personnes détenues ont également témoigné par affidavit. Ruby Robinson, Carol Anne Donahue, Ramon Irizarry et Ryan Witmer travaillent pour des organisations qui fournissent des services juridiques aux personnes détenues après leur retour aux États-Unis dans le contexte de l'ETPS. M<sup>me</sup> Donahue note que dans le centre de détention où elle offre ses services, la plupart des personnes sont détenues de deux semaines à deux mois. M. Witmer fait remarquer que presque tous les rapatriés au titre de l'ETPS qu'il a rencontrés ont été détenus pendant trois à cinq semaines sans caution. M. Witmer déclare également que les tentatives de demande d'asile au Canada peuvent être utilisées par les autorités américaines pour justifier une caution importante et le maintien en détention.

[99] Les avocats décrivent leurs rencontres avec leurs clients en détention et le fait que ceux-ci passent des semaines en détention avant d'obtenir une audience de cautionnement. Lors du contre-interrogatoire, Anwen Hughes a confirmé que la durée moyenne de détention est de 31 jours.

[100] Les atteintes aux droits garantis par l'article 7 qui sont le fait d'acteurs autres que ceux de notre propre gouvernement sont toujours assujetties à la garantie relative au principe de justice fondamentale, à condition qu'il existe un lien causal suffisant entre la participation de notre gouvernement et l'atteinte. Dans ce contexte, un lien causal suffisant est un lien dans lequel « la participation du Canada est un préalable nécessaire » à l'atteinte et « où cette atteinte est une conséquence parfaitement prévisible de la participation canadienne » (*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 (*Suresh*), au paragraphe 54). Le Canada « ne saurait être libéré de son obligation de respecter les principes de justice fondamentale uniquement parce que l'atteinte en cause serait le fait d'autrui » (*Suresh*, au paragraphe 54). Par conséquent, le fait que les rapatriés au titre de l'ETPS soient emprisonnés par les autorités américaines ne libère pas les actes des fonctionnaires canadiens de toute considération.

[101] The evidence of Sharon Spicer confirms that CBSA officials inform U.S. officials that STCA claimants are being returned. CBSA officials are involved in the physical handing over of claimants to U.S. officials. This conduct does not make Canada a “passive participant” and it provides a “sufficient connection” [emphasis in original] (*Suresh*, at paragraph 55) to the offending conduct. I conclude that the actions of Canadian officials in returning ineligible STCA claimants to U.S. officials facilitate a process that results in detention.

[102] I would also note that none of the factors regarding security or criminality as outlined in paragraph 101(1)(f) of IRPA were identified as being relevant with respect to any of the applicants here when they were deemed ineligible pursuant to the STCA.

[103] Ms. Mustefa’s imprisonment is a clear illustration of the limitation on liberty flowing directly from a finding of ineligibility under paragraph 101(1)(e) of the IRPA. It is my conclusion, based upon the evidence, that ineligible STCA claimants are returned to the U.S. by Canadian officials where they are immediately and automatically imprisoned by U.S. authorities. This is sufficient to establish that section 7 liberty rights are engaged.

(c) Engagement—Security of the Person

[104] In *Singh* (paragraph 47 [page 207]) the Supreme Court held that “‘security of the person’ must encompass freedom from the threat of physical punishment or suffering as well as freedom from such punishment itself.” In *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283 (*Burns*), at paragraph 59, the Court found that extradition that potentially puts a life at risk deprives a person of their liberty and security of the person. Although *Burns* dealt with extradition and the possible application of the death penalty, it is relevant insofar as both scenarios involve the near certainty of detention which engages

[101] Le témoignage de Sharon Spicer confirme que les agents de l’ASFC informent les autorités américaines que les demandeurs d’asile au titre de l’ETPS sont renvoyés aux États-Unis. Les agents de l’ASFC participent au retour physique des demandeurs entre les mains des autorités américaines. Ce comportement ne fait pas du Canada un « acteur passif » et fait en sorte qu’il existe un « lien suffisant » [souligné dans l’original] (*Suresh*, au paragraphe 55) avec les actes répréhensibles. J’en conclus que les actes des fonctionnaires canadiens, à savoir le renvoi des demandeurs dont la demande d’asile a été jugée irrecevable au titre de l’ETPS aux autorités américaines, participent à un processus qui mène à la détention.

[102] Je tiens également à souligner qu’aucun des facteurs relatifs à la sécurité ou à la criminalité, tels qu’ils sont énoncés à l’alinéa 101(1)f) de la LIPR, n’a été considéré comme pertinent à l’égard de l’un ou l’autre des demandeurs en l’espèce lorsque leur demande a été jugée irrecevable au titre de l’ETPS.

[103] L’emprisonnement de M<sup>me</sup> Mustefa illustre bien l’atteinte à la liberté qui découle directement d’un constat d’irrecevabilité au titre de l’alinéa 101(1)e) de la LIPR. Je conclus, à la lumière de la preuve, que les demandeurs dont la demande d’asile a été jugée irrecevable au titre de l’ETPS sont renvoyés aux États-Unis par les fonctionnaires canadiens où ils sont immédiatement et automatiquement emprisonnés par les autorités américaines. Cela est suffisant pour établir que le droit à la liberté garanti par l’article 7 est en jeu.

c) Applicabilité — Sécurité de la personne

[104] Dans l’affaire *Singh* (paragraphe 47 [page 207]), la Cour suprême a déclaré que l’expression « “ sécurité de sa personne ” doit englober tout autant la protection contre la menace d’un châtement corporel ou de souffrances physiques, que la protection contre le châtement lui-même ». Dans l’arrêt *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283 (*Burns*), au paragraphe 59, la Cour suprême a estimé qu’une extradition qui met potentiellement une vie en danger prive une personne du droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Même si l’arrêt *Burns* portait sur l’extradition et l’application

liberty and at times security of the person. Further, in *Suresh*, at paragraph 44, the Court noted that “deportation to torture may deprive a refugee of liberty, security and perhaps life.”

[105] The applicant ABC fears the MS-13 gang if she were forced to return, or *refouled*, to El Salvador. The applicants argue that there is a real risk she would be returned to El Salvador based on the interpretation of the “particular social group” under U.S. asylum law and the requirement that asylum seekers prove their persecutor’s motive. This they argue, is inconsistent with the Refugee Convention. The applicants also argue that the U.S. decision in *Matter of A-B-*, means that victims are unlikely to be able to prove that state protection is not reasonably available. The applicants’ expert on the conditions in El Salvador, Elizabeth Kennedy, reports that between 2013–2015, more than 70 people who were deported to El Salvador from the U.S. were murdered after their return.

[106] In the case of ABC, I am satisfied that the evidence supports a finding that the risk of *refoulement* for her is real and not speculative had she been detained in the U.S. I find this based upon the evidence documenting the challenges in advancing an asylum claims for those detained. There is evidence of the barriers in accessing legal advice and acquiring the necessary documents to establish an asylum claim in the U.S.

[107] Professor Hughes describes the difficulties faced by those who are detained including: detainees not being able to afford phone calls, people from outside the detention facility not being able to contact detainees because they cannot call them, evidence being lost due to

éventuelle de la peine de mort, il est pertinent dans la mesure où les deux cas de figure impliquent la quasi-certitude d’une détention qui met en jeu la liberté et parfois la sécurité de la personne. De plus, dans l’arrêt *Suresh*, la Cour suprême a souligné au paragraphe 44 que « l’expulsion d’un réfugié vers un pays où il risque la torture peut compromettre sa liberté, sa sécurité et, peut-être, sa vie ».

[105] La demanderesse ABC craint le gang MS-13 advenant son retour forcé, ou son refolement, au Salvador. Les demandeurs font valoir qu’il existe un risque réel qu’elle soit renvoyée au Salvador à la lumière de l’interprétation de l’expression « particular social group » ([TRADUCTION] « groupe social particulier ») par le droit d’asile américain, et compte tenu de l’exigence selon laquelle les demandeurs d’asile doivent prouver la motivation de leur persécuteur. Selon eux, cela est incompatible avec la Convention sur les réfugiés. Les demandeurs d’asile font également valoir que, compte tenu de la décision américaine *Matter of A-B-*, les victimes ne seront probablement pas en mesure de prouver que la protection de l’État n’est pas normalement accessible. Elizabeth Kennedy, l’experte des demandeurs concernant les conditions au Salvador, rapporte qu’entre 2013 et 2015, plus de 70 personnes qui ont été expulsées des États-Unis vers le Salvador ont été assassinées à leur retour.

[106] Dans le cas d’ABC, je suis convaincue que les éléments de preuve permettent de conclure que le risque de refolement pour elle est réel et non spéculatif si elle avait été détenue aux États-Unis. J’estime que cette conclusion est fondée sur les éléments de preuve établissant les difficultés vécues par les personnes détenues pour présenter une demande d’asile. Il existe des éléments de preuve démontrant l’existence d’obstacles empêchant l’accès à des conseils juridiques et l’obtention des documents nécessaires pour établir le bien-fondé d’une demande d’asile aux États-Unis.

[107] M<sup>me</sup> Hughes décrit les difficultés auxquelles sont confrontées les personnes détenues, notamment : les détenus n’ont pas les moyens de faire des appels téléphoniques, les personnes en dehors du centre de détention ne peuvent pas communiquer avec les détenus

transfers between detention centres, and detainees not having access to translators they may need to fill in the necessary forms.

[108] Mr. Witmer, a lawyer working with detainees, describes issues with “basic communication” as an impediment to the making of an asylum case. He notes that detainees are unable to leave messages with a call back number. He also notes that while many detainees are accustomed to communicating with family using email, social media and internet-based communication apps, they do not have access to these services in detention.

[109] Further, lawyer Timothy Warden-Hertz estimates that, at the detention centres his organization services, the Northwest Detention Center (NWDC), 80–85 percent of those detained do not have a lawyer and must represent themselves. He estimates that 75 percent of asylum claims from the NWDC are denied as compared to the national average of 52 percent of claims being denied.

[110] The use of solitary confinement, and the general conditions of detention are also factors that raise security of the person interests. Ms. Mustefa, P.Q., and R.S. were all placed in solitary confinement immediately upon arrival at U.S. detention facilities. R.S. was left without food and was not given the opportunity to bathe for the first three days she was in solitary confinement. R.S. states that after she was able to speak to other STCA detainees she came to realize that “everyone would be placed in solitary confinement upon arriving in prison” (affidavit of R.S., at paragraph 32).

[111] Further, Ms. Mustefa, J.K., P.Q. and R.S. all describe the detention centres as abnormally cold. J.K. describes being unable to sleep due to the cold; P.Q. describes asking for extra blankets, but not receiving any until she had a fever and needed to see a doctor, and R.S. stated that when prisoners would huddle together for warmth, the guards would pull the blankets off them.

parce qu’elles ne peuvent pas les appeler, des éléments de preuve sont perdus en raison des transferts entre les centres de détention et les détenus n’ont pas accès à des traducteurs, service auquel ils pourraient avoir besoin pour remplir les formulaires requis.

[108] M. Witmer, un avocat qui travaille avec les détenus, décrit l’existence de problèmes de [TRADUCTION] « communication de base » comme un obstacle à la présentation d’une demande d’asile. Il précise que les détenus sont incapables de laisser des messages en fournissant un numéro de rappel. Il note également que si de nombreux détenus sont habitués à communiquer avec les membres de leur famille par courrier électronique, par les médias sociaux et au moyen d’applications de communication en ligne, ils n’ont pas accès à ces services lorsqu’ils sont en détention.

[109] De plus, M<sup>e</sup> Timothy Warden-Hertz estime que, dans les centres de détention desservis par son organisation, le Northwest Detention Center (NWDC), 80 p. 100 à 85 p. 100 des personnes détenues n’ont pas d’avocat et doivent se représenter elles-mêmes. Il estime que 75 p. 100 des demandes d’asile provenant du NWDC sont rejetées, alors que la moyenne nationale est de 52 p. 100 de demandes rejetées.

[110] Le recours à l’isolement cellulaire et les conditions générales de détention sont également des facteurs qui soulèvent la question de l’atteinte au droit à la sécurité d’une personne. M<sup>me</sup> Mustefa, P.Q. et R.S. ont toutes trois été placées en isolement dès leur arrivée dans les centres de détention américains. R.S. a été privée de nourriture et n’a pas eu la possibilité de se laver pendant les trois premiers jours passés en isolement. R.S. affirme qu’après avoir pu parler à d’autres détenus au titre de l’ETPS, elle a réalisé que [TRADUCTION] « tout le monde serait placé en isolement à son arrivée en prison » (paragraphe 32 de l’affidavit de R.S.).

[111] De plus, M<sup>me</sup> Mustefa, J.K., P.Q. et R.S. décrivent les centres de détention comme anormalement froids. J.K. indique avoir été incapable de dormir à cause du froid; P.Q. affirme avoir demandé des couvertures supplémentaires, mais n’en a reçu aucune jusqu’à ce qu’elle ait de la fièvre et doive consulter un médecin; et R.S. déclare que lorsque les prisonniers se blottissaient les uns



[112] J.K. states that she denied requiring medical attention to avoid being handcuffed. R.S. describes the medical care in her detention facility as being inadequate. R.S. observed the nurse in her detention facility ignore black detainees while going out of her way to address medical issues of white detainees. She states that the nurse would “ignore us and simply not address our concerns” (affidavit of R.S., at paragraph 35).

[113] These circumstances raise security of the person interests and flow directly from the actions of Canadian officials in returning claimants to the U.S. where they are imprisoned. In this context, it is the impact of detention and not the current state of the U.S. asylum law which raises security of the persons interests.

[114] Security of the person encompasses freedom from the threat of physical punishment or suffering (*Singh*, at paragraph 47 [page 207]); the accounts of the detainees demonstrate both physical and psychological suffering because of detention, and a real risk that they will not be able to assert asylum claims.

[115] It is my finding that the evidence establishes that the conditions faced by those detained, as detailed above, engages the security of the person interest under section 7 of the Charter.

#### (d) Conclusion—Engagement

[116] Having found that detention and the attendant hardship and risks that flow from detention is a limitation on liberty and security of the person within the meaning of section 7 of the Charter, I must now determine if the limitation is in accordance with the principles of fundamental justice.

contre les autres pour se réchauffer, les gardiens leur retireraient les couvertures.

[112] J.K. affirme qu’elle a prétendu ne pas avoir besoin de soins médicaux pour éviter d’être menottée. R.S. décrit les soins médicaux dans son établissement de détention comme étant inadéquats. Elle a observé que l’infirmière de son centre de détention ignorait les détenus noirs tout en faisant tout son possible pour traiter les problèmes médicaux des détenus blancs. Elle indique que l’infirmière [TRADUCTION] « nous ignorait et ne répondait tout simplement pas à nos préoccupations » (paragraphe 35 de l’affidavit de R.S.).

[113] Ces circonstances soulèvent la question de l’atteinte au droit à la sécurité de la personne et découlent directement des actes posés par des fonctionnaires canadiens, soit le renvoi des demandeurs d’asile aux États-Unis où ils sont emprisonnés. Dans ce contexte, ce sont les conséquences de la détention et non l’état actuel du droit américain en matière d’asile qui soulève la question de l’atteinte au droit à la sécurité de la personne.

[114] La sécurité de la personne doit englober tout autant la protection contre la menace d’un châtiment corporel ou de souffrances physiques (*Singh*, au paragraphe 47 [page 207]); les récits des détenus révèlent qu’ils ont souffert physiquement et psychologiquement à cause de leur détention et qu’ils couraient un risque réel de ne pas pouvoir revendiquer leur statut de réfugié.

[115] J’arrive à la conclusion que les éléments de preuve établissent que les conditions auxquelles sont confrontées les personnes détenues, telles qu’elles ont été exposées précédemment, mettent en jeu le droit à la sécurité de la personne garanti par l’article 7 de la Charte.

#### d) Conclusion — Applicabilité

[116] Ayant conclu que la détention ainsi que les difficultés et les risques qui en découlent constituent une atteinte à la liberté et à la sécurité de la personne au sens de l’article 7 de la Charte, je dois maintenant déterminer si cette restriction est conforme aux principes de justice fondamentale.

## (e) Principles of Fundamental Justice

[117] In *Bedford*, at paragraph 125, the Supreme Court states:

... The question under s. 7 is whether the law's negative effect on life, liberty, or security of the person is in accordance with the principles of fundamental justice. With respect to the principles of arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality, the specific questions are whether the law's purpose, taken at face value, is connected to its effects and whether the negative effect is grossly disproportionate to the law's purpose.

[118] Although there may be "significant overlap" between the principles (arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality), the question is whether the law is "inadequately connected to its objective or in some sense goes too far in seeking to attain it" (*Bedford*, at paragraph 107). In considering these principles, the objective or purpose of the law must be identified.

[119] The Federal Court of Appeal in *CCR 2008* defined the legislative objective of the STCA at paragraph 75 as follows:

... the scheme implemented by Parliament has, as its objective, the sharing of responsibility for the consideration of refugee claims with countries that are signatory to and comply with the relevant articles of the Conventions and have an acceptable human rights record.

[120] This is reflected in the preamble to the STCA which states:

**CONSIDERING** that Canada is a party to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees ... and the Protocol Relating to the Status of Refugees...that the United States is a party to the Protocol, and reaffirming their obligation to provide protection for refugees on their territory in accordance with these instruments;

**ACKNOWLEDGING** in particular the international legal obligations of the Parties under the principle of non-refoulement set forth in the Convention and Protocol, as well as the Convention Against Torture and Other

## e) Les principes de justice fondamentale

[117] Dans l'arrêt *Bedford*, la Cour suprême s'est exprimée comme suit au paragraphe 125 de ses motifs :

[...] Pour les besoins de l'art. 7, l'effet préjudiciable sur le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne est-il conforme aux principes de justice fondamentale? En ce qui concerne le caractère arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale, il faut se demander si, de prime d'abord, l'objet de la disposition présente un lien avec ses effets et si l'effet préjudiciable est proportionné à cet objet.

[118] Bien qu'il puisse y avoir un « chevauchement important » entre les principes (le caractère arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale), la question est de savoir si la disposition « n'est pas suffisamment liée à son objectif ou, dans un certain sens, qu'elle va trop loin pour l'atteindre » (*Bedford*, au paragraphe 107). Lors de l'examen de ces principes, l'objectif ou l'objet de la disposition doit être identifié.

[119] Dans l'arrêt *CCR 2008*, la C.A.F. a défini l'objectif législatif de l'ETPS au paragraphe 75 comme suit :

[...] l'objectif du régime mis en place par le législateur est le partage de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile avec des pays signataires qui se conforment aux articles pertinents des Conventions et qui ont des antécédents acceptables en matière de respect des droits de la personne.

[120] C'est ce qui ressort du préambule de l'ETPS, qui est libellé ainsi :

**CONSIDÉRANT** que le Canada est partie à la Convention relative au statut des réfugiés (la « Convention ») de Genève du 28 juillet 1951 et au *Protocole relatif au statut des réfugiés* de New York du 31 janvier 1967 (le « Protocole ») et que les États-Unis sont parties au Protocole, et réaffirmant leur obligation d'accorder protection aux réfugiés présents sur leur territoire, conformément à ces instruments;

**RECONNAISSANT** en particulier les obligations juridiques internationales des parties en vertu du principe du non-refoulement énoncé dans la Convention et dans le Protocole, ainsi qu'en vertu de la *Convention contre la*

Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment ... and reaffirming their mutual obligations to promote and protect human rights and fundamental freedoms.

*torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (la « Convention contre la torture ») de New York du 10 décembre 1984, et réaffirmant leurs obligations mutuelles de promotion et de protection des droits de la personne et des liberté (sic) fondamentales;

[121] The respondents urge caution in relying upon the *CCR 2008* articulation of the legislative objective arguing that the F.C.A. was only addressing the *vires* issue. I disagree with this as it suggests that the legislative objective changes depending upon the purposes for which it is being assessed.

[121] Les défendeurs recommandent la prudence dans le recours à l'analyse de l'objectif législatif énoncée dans l'arrêt *CCR 2008*, faisant valoir que la C.A.F. ne traitait que de la question de l'excès de pouvoir. Je ne souscris pas à cette affirmation, car elle laisse entendre que l'objectif législatif change en fonction des fins pour lesquelles il est évalué.

[122] The legislative objective of “sharing of responsibility”, provides the framework for considering whether the legislation is overbroad and disproportionate. The parties did not argue that the legislation was arbitrary.

[122] L'objectif législatif de « partage des responsabilités » fournit le cadre permettant d'examiner si la disposition législative est disproportionnée ou si sa portée est trop grande. Les parties n'ont pas fait valoir que les dispositions législatives étaient arbitraires.

(f) Overbroad

f) La portée excessive

[123] *Bedford* (at paragraph 101) tells us that a law is overbroad when it goes too far and interferes with conduct that bears no connection to the objective of the law. In *Carter*, at paragraph 85, the Court confirmed that the focus when considering if a law is overbroad is the “impact of the measure on the individuals whose life, liberty or security of the person is trammelled.”

[123] Dans l'arrêt *Bedford* (au paragraphe 101), la Cour suprême affirme qu'une disposition a une portée excessive lorsqu'elle va trop loin et empiète sur un comportement sans lien avec son objectif. Dans l'arrêt *Carter*, la Cour suprême a confirmé au paragraphe 85 de ses motifs que l'analyse de la portée excessive doit mettre l'accent sur « l'incidence de la mesure sur les personnes dont la vie, la liberté ou la sécurité est restreinte ».

[124] The applicants argue that the actions of Canadian authorities in returning STCA claimants to U.S. authorities where they are imprisoned bear no connection to the “sharing of responsibility” objective of the STCA. This, according to the applicants, is overbroad. They also argue that this deprivation of liberty is completely out of sync with the purpose of the STCA and therefore it is also grossly disproportional.

[124] Les demandeurs allèguent que les actes des autorités canadiennes, qui ont renvoyé les demandeurs d'asile au titre de l'ETPS aux États-Unis, où ils sont emprisonnés par les autorités américaines, n'ont aucun lien avec l'objectif de « partage des responsabilités » de l'ETPS. Selon les demandeurs, la portée de cet objectif est excessive. Ils font également valoir que cette privation de liberté est sans rapport aucun avec l'objectif de l'ETPS et qu'elle est donc aussi totalement disproportionnée.

[125] In response, the respondents argue that in *Bedford* and in *Carter* the impacts caused by the legislation were within Canada's control, unlike here where the conduct complained of is outside Canada's control. They argue that the issues raised are with the U.S. authorities and

[125] En réponse, les défendeurs soutiennent que dans les arrêts *Bedford* et *Carter*, les répercussions des dispositions législatives étaient sous le contrôle du Canada, contrairement à la présente affaire, où le comportement répréhensible est hors du contrôle du Canada.

U.S. policies and, therefore, is outside of Canada's control. In any event, the respondents argue that the IRPA has safeguards to protect against overbreadth, as there are discretionary remedies available.

[126] The respondents rely upon the cases that state that the Charter is not engaged at time of removal from Canada. Recently, in *Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 34, [2020] 1 F.C.R. 700 (at paragraph 81), the Court addressed this and referenced a number of the cases relied upon by the respondents. At paragraph 87 in *Tapambwa* the Court states:

... this Court held that individuals who are barred from a full PRRA, as the appellants here, have their section 7 risks assessed at the removal stage. The manner in which section 7 risks of applicants who are PRRA-barred are assessed is a process where “an enforcement officer assesses the sufficiency of the evidence of risk, and if satisfied the evidence is sufficient, defers removal and refers the risk assessment to another decision-maker” (*Atawnah*, at paragraph 27). An enforcement officer's refusal to defer removal may be challenged in the Federal Court, and a stay of removal may be obtained pending the outcome of an application for judicial review. The Federal Court can, and often does, consider a request for a stay of removal in a more comprehensive manner than an enforcement officer can consider a request for a deferral ... the rights available to those being removed in the absence of the basis of any PRRA were “not illusory”, but real and effective.

[127] The applicants in *Tapambwa* had a risk assessment by the RPD (paragraph 77). In fact, in the cases that arise in the inadmissibility or exclusion scenarios, there has been some consideration of the claimant's risk. That is not the case for the applicants here, who because they are ineligible by operation of the STCA, have not had any form of risk assessment. The facts of the applicants here are different from those in *Tapambwa*.

Les défendeurs font valoir que les questions soulevées concernent les autorités et les politiques américaines et échappent donc au contrôle du Canada. En tout état de cause, les défendeurs allèguent que la LIPR comporte des garanties de protection contre la portée excessive puisqu'il existe des recours discrétionnaires.

[126] Les défendeurs s'appuient sur des décisions statuant que la Charte n'entre pas en jeu au moment du renvoi du Canada. Récemment, dans l'arrêt *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 700 (au paragraphe 81), la C.A.F. a abordé cette question et a cité un certain nombre de jugements invoqués par les défendeurs. Au paragraphe 87 de l'arrêt *Tapambwa*, la C.A.F. a conclu comme suit :

[...] notre Cour a conclu que les personnes qui ne peuvent pas faire l'objet d'un ERAR complet, tout comme les appelants en l'espèce, voient leurs risques liés à l'article 7 évalués à l'étape du renvoi. La façon d'évaluer les risques liés à l'article 7 pour les demandeurs qui sont interdits d'ERAR est un processus dans le cadre duquel « un seul décideur est requis pour examiner le risque et, s'il est convaincu que la preuve est suffisante, reporte le renvoi et transmet à un autre décideur l'examen du risque » (*Atawnah*, au paragraphe 27). Le refus d'un décideur de reporter le renvoi peut être contesté devant la Cour fédérale; le sursis au renvoi peut être obtenu dans l'attente de l'issue d'une procédure de contrôle judiciaire. La Cour fédérale peut, et elle le fait souvent, examiner une demande de sursis à l'exécution de la mesure de renvoi d'une manière plus complète que ne peut le faire un agent d'immigration dans le cadre d'une demande de report [...] les droits dont disposent les personnes qui sont renvoyées en l'absence de fondement d'un ERAR n'étaient « pas illusoire », mais réels et exécutoires.

[127] Les appelants dans l'arrêt *Tapambwa* avaient fait l'objet d'une évaluation des risques par la SPR (au paragraphe 77). En fait, dans les jugements liés aux cas d'interdiction de territoire ou d'exclusion, le demandeur a fait l'objet d'une certaine évaluation des risques auxquels il est confronté. Or, en l'espèce, ce n'est pas le cas pour les demandeurs, qui, parce que leur demande a été jugée irrecevable au titre de l'ETPS, n'ont fait l'objet d'aucune forme d'évaluation des risques. Les faits relatifs aux demandeurs dans l'affaire qui nous occupe sont différents de ceux de l'arrêt *Tapambwa*.

[128] I find that the cases that have held that section 7 interests are not engaged at the removals stage are distinguishable from the facts in these applications. Here, the applicants have had no consideration of their risks or the substance of their refugee claim because of the STCA. They are returned to the U.S. under the STCA based on the understanding that they will have access to a fair refugee determination process. However, the evidence demonstrates that the immediate consequence to ineligible STCA claimants is that they will be imprisoned solely for having attempted to make a refugee claim in Canada. The “sharing of responsibility” objective of the STCA should entail some guarantee of access to a fair refugee process.

[129] Additionally, *Tapambwa* is distinguishable on the basis that the Charter argument was hypothetical, as there was no factual basis to support the argument that the applicants faced risk upon their removal (*Tapambwa*, at paragraphs 77 to 90). Here, the applicants provided the necessary factual evidence of Ms. Mustefa and others to serve as the factual basis for their Charter claim.

[130] Despite the fact that two of the applicants had access to lawyers who were able to advance stay applications on their behalf, this should not be taken to suggest that such resources are readily available. It is clear that this was accomplished as a result of extraordinary efforts, which would not be generally available to those who arrive at a land POE. Despite the respondents’ suggestion that there are safeguards, in my view, they are largely out of reach and are therefore “illusory”.

[131] I conclude that the STCA legislation is overbroad as the deprivation of the liberty rights of STCA returnees (their detention in the U.S.) has no connection to the “mischief contemplated by the legislature” (sharing responsibility for refugees with a country that complies with the Conventions) (*Carter*, at paragraph 85).

[128] J’estime que les jugements dans lesquels il a été conclu que les droits garantis par l’article 7 ne sont pas mis en cause à l’étape du renvoi se distinguent des présentes demandes par leurs faits. En l’espèce, les demandeurs n’ont fait l’objet d’aucune évaluation de leurs risques ou du bien-fondé de leur demande d’asile en raison de l’ETPS. Ils sont renvoyés aux États-Unis en vertu de l’ETPS, étant entendu qu’ils auront accès à un processus de détermination du statut de réfugié équitable. Toutefois, la preuve démontre que la conséquence immédiate pour les demandeurs dont la demande d’asile a été jugée irrecevable au titre de l’ETPS est l’emprisonnement, et ce, uniquement pour avoir tenté de présenter une demande d’asile au Canada. L’objectif de « partage des responsabilités » de l’ETPS devrait comprendre une certaine garantie d’accès à un processus de détermination du statut de réfugié équitable.

[129] De plus, l’arrêt *Tapambwa* se distingue de la présente affaire au motif que dans l’arrêt *Tapambwa*, l’argument fondé sur la Charte était hypothétique, car il n’y avait pas de fondement factuel au soutien de l’allégation selon laquelle les demandeurs seraient exposés à un risque lors de leur renvoi (*Tapambwa*, aux paragraphes 77 à 90). Dans la présente affaire, les demandeurs ont fourni la preuve factuelle nécessaire de M<sup>me</sup> Mustefa et d’autres personnes pour servir de fondement factuel à leur revendication fondée sur la Charte.

[130] Bien que deux des demandeurs aient eu accès à des avocats qui ont pu présenter des demandes de sursis en leur nom, cela ne doit pas être considéré comme une indication que de telles ressources sont facilement disponibles. Il est clair que cela a été accompli grâce à des efforts extraordinaires, qui ne seraient généralement pas accessibles à ceux qui arrivent à un PDE terrestre. Malgré l’argument avancé par les défendeurs selon lequel il existe des garanties, celles-ci sont, à mon avis, largement hors de portée et sont donc « illusoire ».

[131] Je conclus que les dispositions législatives de l’ETPS ont une portée excessive, car la privation du droit à la liberté des rapatriés au titre de l’ETPS (leur détention aux États-Unis) n’a aucun lien avec le « mal qu’avait à l’esprit le législateur » (le partage des responsabilités relativement aux réfugiés avec un pays qui respecte les Conventions) (*Carter*, au paragraphe 85).

## (g) Grossly Disproportionate

[132] In considering if a law is grossly disproportionate, the beneficial effects of the law do not factor into the analysis. Rather, the analysis balances the negative effect of the law on the individual as against the purpose of the law. A grossly disproportionate effect on one person is sufficient (*Bedford*, at paragraphs 121–122).

[133] The respondents argue that there are a number of protections against the grossly disproportionate impact of the STCA. First, they argue that the test is whether the impact of foreign law would “shock the conscience” (*Suresh*, at paragraph 18). The respondents also point out that pursuant to *Burns*, at paragraph 36, the Supreme Court of Canada confirmed that we cannot apply our Charter extraterritorially. In any event, the respondents rely upon *Suresh* and *Revell v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 262, [2020] 2 F.C.R. 355 (*Revell*), to argue that in the removal context, the STCA is not overbroad or disproportionate in its application.

[134] As noted above, there is an important distinction between the removal cases and the facts here. Here, the applicants have not had the merits or the substance of their refugee protection claims considered in any manner in Canada, nor have they had their risks assessed. In the “removals” cases, such as *Suresh* and *Revell*, the Courts found that there were sufficient consideration of the merits of the claims and “safety valves” to assess claims for protection. The applicants here—ABC, DE, FG, Ms. Mustefa and the Homs/Al-Nahass family—did not benefit from any such consideration of their claims for protection.

[135] The question is whether the evidence of the impact of the STCA demonstrates that the Charter deprivation is “out of sync” with the objectives of the legislation. Ms. Mustefa’s evidence, and the evidence of the ten anonymized affiants, establishes that imprisonment flows

## g) Le caractère totalement disproportionné

[132] L’analyse de la disproportion totale au regard d’une disposition législative donnée ne tient pas compte des avantages de la loi pour la société. Au contraire, elle met en balance l’effet préjudiciable sur l’intéressé avec l’objet de la loi. Un effet totalement disproportionné sur une seule personne suffit (*Bedford*, aux paragraphes 121 et 122).

[133] Les défendeurs font valoir qu’il existe un certain nombre de protections contre l’effet totalement disproportionné de l’ETPS. Tout d’abord, ils soutiennent que le critère est de savoir si l’effet du droit étranger « “choquerait la conscience” » (*Suresh*, au paragraphe 18). Les défendeurs soulignent également que selon l’arrêt *Burns* (au paragraphe 36), la Cour suprême du Canada a confirmé que nous ne pouvons pas appliquer notre Charte à un État étranger. En tout état de cause, les défendeurs s’appuient sur l’arrêt *Suresh* et *Revell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 262, [2020] 2 R.C.F. 355 (*Revell*), pour soutenir que dans le contexte d’une mesure de renvoi, l’application de l’ETPS n’a pas de portée excessive ou disproportionnée.

[134] Comme il a été mentionné précédemment, il existe une distinction importante entre les faits des causes en matière de renvoi et les faits de la présente affaire. En l’espèce, les demandes d’asile présentées par les demandeurs n’ont pas été examinées à la lumière des faits qui leur sont propres au Canada et il n’y a jamais d’évaluation du risque pour les demandeurs. Dans les jugements portant sur des mesures de renvoi, comme [les arrêts] *Suresh* et *Revell*, les tribunaux ont statué qu’il y avait eu un examen suffisant du bien-fondé des demandes et des « soupapes de sécurité » pour évaluer les demandes de protection. Les demandeurs en l’espèce — ABC, DE, FG, M<sup>me</sup> Mustefa et la famille Homs/Al-Nahass — n’ont bénéficié d’aucune considération semblable de leurs demandes de protection.

[135] La question est de savoir si la preuve de l’effet de l’ETPS démontre que la privation de la Charte est « sans rapport aucun » avec les objectifs de la loi. Le témoignage de M<sup>me</sup> Mustefa, et celui des dix déposants anonymes, démontre que l’emprisonnement découle



automatically from a finding of ineligibility under the STCA. Failed claimants are detained without regard to their circumstances, moral blameworthiness, or their actions. They are detained often without a release on bond and without a meaningful process for review of their detention. While, responsibility sharing may be a worthwhile goal, this goal must be balanced against the impact it has on the lives of those who attempt to make refugee claims in Canada and are returned to the U.S. in the name of “administrative efficiency” (*Bedford*, at paragraph 121). In my view, imprisonment cannot be justified for the sake of, and in the name of, administrative efficiency.

[136] The risks of detention and loss of security of the person, which are facilitated by the STCA, are grossly disproportional to the administrative benefits of the STCA, which was intended to help Canada and the U.S. share responsibility for refugees in a way that complies with the Refugee Convention (*CCR 2008*, at paragraph 75). In my view, the impact of being found ineligible under the STCA is grossly disproportionate, and out of sync with the objective of the legislation (*Bedford*, at paragraph 120). Responsibility sharing cannot be positively balanced against imprisonment or the deleterious effects of cruel and unusual detention conditions, solitary confinement, and the risk of *refoulement*. In my view, to find otherwise would be “entirely outside the norms accepted in our free and democratic society” (*Bedford*, at paragraph 120).

[137] Gross disproportionality can be established based upon the impact on a single person. In my view, Ms. Mustefa’s evidence alone meets this test and is sufficient to “shock the conscience”.

(h) Conclusion—Section 7

[138] The applicants have provided significant evidence of the risks and challenges faced by STCA ineligible claimants when they are returned to the U.S. Although the U.S. system has been subject to much debate and criticism, a comparison of the two systems is not the role of this Court, nor is it the role of this Court to pass

automatiquement d’un constat d’irrecevabilité au titre de l’ETPS. Les demandeurs déboutés sont détenus sans égard à leur situation, à leur culpabilité morale ou à leurs actes. Ils sont souvent détenus sans libération sous caution et sans qu’il y ait de véritable processus de révision de leur détention. Si le partage des responsabilités peut être un objectif valable, il doit être soupesé en fonction de l’effet qu’il a sur la vie de ceux qui tentent de demander le statut de réfugié au Canada et qui sont renvoyés aux États-Unis au nom de « l’efficacité administrative » (*Bedford*, au paragraphe 121). À mon avis, il est impossible de justifier l’emprisonnement dans l’intérêt de l’efficacité administrative.

[136] Les risques de détention et d’atteinte à la sécurité de la personne, qui sont facilités par l’ETPS, sont totalement disproportionnés par rapport aux avantages administratifs de l’ETPS, qui était destinée à aider le Canada et les États-Unis à partager les responsabilités relativement aux réfugiés d’une manière conforme à la Convention sur les réfugiés (*CCR 2008*, au paragraphe 75). Selon moi, l’effet de ne pas pouvoir présenter de demande d’asile au titre de l’ETPS est totalement disproportionné et sans rapport aucun avec l’objectif de la loi (*Bedford*, au paragraphe 120). Le partage des responsabilités ne peut être contrebalancé par l’emprisonnement ou les effets néfastes des conditions de détention cruelles et inhabituelles, l’isolement cellulaire et le risque de refoulement. À mon avis, conclure le contraire déborderait « complètement le cadre des normes reconnues dans notre société libre et démocratique » (*Bedford*, au paragraphe 120).

[137] La disproportion totale peut être établie en fonction de l’effet sur une seule personne. À mon avis, le témoignage de M<sup>me</sup> Mustefa satisfait à lui seul à ce critère et suffit à « choqu[er] la conscience ».

h) Conclusion — Article 7

[138] Les demandeurs ont fourni des éléments de preuve importants démontrant les risques et les défis auxquels sont confrontés les demandeurs dont la demande d’asile a été jugée irrecevable au titre de l’ETPS lorsqu’ils sont renvoyés aux États-Unis. Bien que le système américain ait fait l’objet de nombreux débats et

judgment on the U.S. asylum system. The narrow focus here is the consequences that flow when a refugee claimant is returned to the U.S. by operation of the STCA. The evidence establishes that the conduct of Canadian officials in applying the provisions of the STCA will provoke certain, and known, reactions by U.S. officials. In my view, the risk of detention for the sake of “administrative” compliance with the provisions of the STCA cannot be justified. Canada cannot turn a blind eye to the consequences that befell Ms. Mustefa in its efforts to adhere to the STCA. The evidence clearly demonstrates that those returned to the U.S. by Canadian officials are detained as a penalty.

[139] The penalization of the simple act of making a refugee claim is not in keeping with the spirit or the intention of the STCA or the foundational Conventions upon which it was built.

[140] For these reasons, I conclude that the applicants have established a breach of section 7 of the Charter.

Is the Section 7 Infringement Justified Under section 1 of the Charter?

[141] Section 1 of the Charter provides:

**Rights and freedoms in Canada**

1 The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

[142] In *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at paragraph 111, the Court outlined the section 1 considerations once a violation of a Charter right has been established. The state must show:

critiques, il n’appartient pas à la Cour de comparer les deux systèmes ni de se prononcer sur le système d’asile des États-Unis. L’accent est davantage mis en l’espèce sur les conséquences qui se produisent lorsqu’un demandeur d’asile est renvoyé aux États-Unis au titre de l’ETPS. La preuve établit que le comportement des fonctionnaires canadiens dans l’application des dispositions de l’ETPS provoquera certaines réactions connues de la part des fonctionnaires américains. À mon avis, le risque de détention dans l’intérêt du respect [TRADUCTION] « administratif » des dispositions de l’ETPS ne peut être justifié. Le Canada ne peut pas fermer les yeux sur les conséquences dont a été victime M<sup>me</sup> Mustefa dans ses efforts pour adhérer à l’ETPS. La preuve démontre clairement que les personnes renvoyées aux États-Unis par des fonctionnaires canadiens sont détenues à titre de sanction.

[139] L’imposition d’une sanction pour le simple fait d’avoir demandé le statut de réfugié n’est pas conforme à l’esprit ou à l’intention de l’ETPS ou des Conventions à l’origine de sa création.

[140] Pour ces motifs, je conclus que les demandeurs ont établi l’existence d’une violation de l’article 7 de la Charte.

La violation de l’article 7 est-elle justifiée au regard de l’article premier de la Charte?

[141] L’article premier de la Charte est libellé comme suit :

**Droits et libertés au Canada**

1 La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique.

[142] Dans l’arrêt *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, la Cour suprême a exposé, au paragraphe 111 de ses motifs, les considérations relatives à l’article premier une fois que la violation d’un droit garanti par la Charte a été établie. L’État doit démontrer :

... that the law has a pressing and substantial objective and that the means chosen are proportional to that objective. A law is proportionate if (1) the means adopted are rationally connected to that objective; (2) it is minimally impairing of the right in question; and (3) there is proportionality between the deleterious and salutary effects of the law....

[143] Under section 1, the respondents bear the burden of proof and they need evidence to discharge the burden. In *Bedford*, at paragraph 125, the Supreme Court explains the section 1 considerations as follows:

.... Under s.1, the question is different — whether the negative impact of a law on the rights of individuals is proportionate to the pressing and substantial goal of the law in furthering the public interest. The question of justification on the basis of an overarching public goal is at the heart of s.1....

[144] The Attorney General must show that that a law's breach of individual rights can be justified. I note the following from *Bedford* [at paragraph 129]:

It has been said that a law that violates s.7 is unlikely to be justified under s.1 of the *Charter* (*Motor Vehicle Reference*, at p. 518). The significance of the fundamental rights protected by s. 7 supports this observation. Nevertheless, the jurisprudence has also recognized that there may be some cases where s. 1 has a role to play (see, e.g., *Malmo-Levine*, at paras. 9698). Depending on the importance of the legislative goal and the nature of the s. 7 infringement in a particular case, the possibility that the government could establish that a s. 7 violation is justified under s.1 of the *Charter* cannot be discounted.

[145] The respondents argue that the pressing and substantial objective of paragraph 101(1)(e) and section 102 of the IRPA, which is the sharing of responsibility, has been met. They rely upon the Affidavit evidence of Mr. Badour, who explains the challenges Canada's refugee system would face if the volume of refugee claimants were to increase. He states that if the STCA were not operative it would be reasonable to assume there

[...] que la loi a un objectif réel et urgent et que le moyen choisi est proportionnel à cet objectif. Une loi est proportionnelle (1) lorsqu'il existe un lien rationnel entre le moyen choisi et cet objectif, (2) que le moyen choisi est de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et (3) qu'il y a proportionnalité entre les effets préjudiciables de ses dispositions et leurs effets bénéfiques [...]

[143] Dans le cadre de l'article premier, la charge de la preuve incombe aux défendeurs et ceux-ci ont besoin d'éléments de preuve pour s'en acquitter. Dans l'arrêt *Bedford*, la Cour suprême explique comme suit les considérations relatives à l'article premier (au paragraphe 125) :

[...] Pour les besoins de l'article premier, il faut plutôt se demander si l'effet préjudiciable sur les droits des personnes est proportionné à l'objectif urgent et réel de défense de l'intérêt public. La justification fondée sur l'objectif public prédominant constitue l'axe central de l'application de l'article premier [...]

[144] Le procureur général doit démontrer que la violation des droits individuels par une loi peut être justifiée. Je souligne ce qui suit dans l'arrêt *Bedford* [au paragraphe 129] :

On a affirmé que la disposition qui violait un droit garanti à l'art. 7 avait peu de chances d'être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* (*Renvoi sur la MVA*, p. 518). L'importance des droits fondamentaux protégés par l'art. 7 appuie cette remarque. Néanmoins, la jurisprudence reconnaît par ailleurs qu'il peut se présenter des situations dans lesquelles l'article premier a un rôle à jouer (voir, p. ex., l'arrêt *Malmo-Levine*, par. 96-98). On ne peut écarter la possibilité que l'État soit en mesure de démontrer que l'atteinte à un droit garanti à l'art. 7 est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*, selon l'importance de l'objectif législatif et la nature de l'atteinte à un droit garanti par l'art. 7.

[145] Les défendeurs soutiennent que l'objectif urgent et réel de l'alinéa 101(1)e) et de l'article 102 de la LIPR, qui est le partage des responsabilités, a été atteint. Ils s'appuient sur le témoignage par affidavit de M. Badour, qui explique les défis auxquels le régime de protection des réfugiés canadien devrait faire face si le volume de demandeurs d'asile devait augmenter. Il affirme que si l'ETPS était inopérant, il serait raisonnable de supposer

would be an increase in the number of refugee claimants. According to the Respondents, the overall refugee system sustainability is at risk if there is an increase. Mr. Badour states there would be impacts to accommodation space for refugee claimants and the flow of immigration processing times. Mr. Badour also says that it would add more stress on the system which would result in increased processing time and costs. This according to the Respondents, tips the balance in favour of the government (*Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381, at paragraphs 65–72).

[146] The respondents also argue that although failed STCA claimants are subject to detention in the U.S. there is a fair detention review process available. They point to the fact that Ms. Mustefa was eventually released, as were eight of the nine detained anonymized affiants. In my view, the fact that the detainees were released does not establish that there is a fair review process available. In any event, suggesting that those who are imprisoned will eventually be released, is not sufficient evidence of minimal impairment.

[147] The respondents' strongest argument to justify the STCA is the sustainability of the refugee system in Canada if the number of claimants were to increase. However, in my view, the evidence offered by the respondents on this point is weak. In the past, Canada has demonstrated flexibility to adjust to fluctuations in refugee numbers in response to needs. Having found that the operation of the STCA is a violation of section 7 Charter rights, I see no principled reason to continue to allow the provisions of the STCA to be applied to this narrow category of refugee claimants, when the evidence is that they will be imprisoned upon return to the U.S.

[148] The treatment of this narrow category of refugee claimants who arrive from the U.S. at a land POE as compared to others who arrive from the U.S. but have the benefit of the exemptions carved out in the STCA, is

qu'il y aurait une augmentation du nombre de demandeurs d'asile. Selon les défendeurs, la viabilité globale du régime de protection des réfugiés est menacée s'il y a pareille augmentation. M. Badour déclare qu'il y aurait des répercussions sur l'espace nécessaire pour héberger des demandeurs d'asile et sur les délais de traitement des demandes d'immigration. M. Badour indique également que le régime serait ainsi soumis à davantage de pressions, ce qui entraînerait un accroissement des délais de traitement et des coûts connexes. Selon les défendeurs, cela fait pencher la balance en faveur du gouvernement (*Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381, aux paragraphes 65–72).

[146] Les défendeurs font également valoir que, bien que les demandeurs d'asile déboutés soient détenus aux États-Unis, il existe une procédure de contrôle des motifs de la détention équitable. Ils soulignent le fait que M<sup>me</sup> Mustefa a finalement été libérée, tout comme huit des neuf déposants anonymes détenus. À mon avis, le fait que les détenus aient été libérés ne prouve pas qu'il existe une procédure de contrôle équitable. Par ailleurs, le fait de laisser entendre que ceux qui sont emprisonnés seront ultimement libérés ne constitue pas une preuve suffisante d'une atteinte minimale.

[147] L'argument le plus solide avancé par les défendeurs pour justifier l'ETPS est la viabilité du régime de protection des réfugiés au Canada si le nombre de demandeurs d'asile devait augmenter. Toutefois, je suis d'avis que les éléments de preuve présentés par les défendeurs sur ce point sont peu convaincants. Dans le passé, le Canada a fait preuve de souplesse pour s'adapter aux variations du nombre de réfugiés en fonction des besoins. Ayant constaté que l'application de l'ETPS entraîne la violation de droits garantis par l'article 7 de la Charte, je ne vois aucune raison logique de continuer à permettre l'application des dispositions de l'ETPS à cette catégorie étroite de demandeurs d'asile, alors que la preuve révèle qu'ils seront emprisonnés à leur retour aux États-Unis.

[148] Le traitement de cette catégorie étroite de demandeurs d'asile qui arrivent des États-Unis à un PDE terrestre par rapport à d'autres qui arrivent des États-Unis, mais qui bénéficient des exceptions prévues par l'ETPS,

hard to reconcile (*Kreishan*, at paragraph 71). Although there may have been justifiable reasons in 2004 when the STCA was enacted, there is a lack of evidence that this “carve out” serves any current justifiable purpose.

[149] The respondents have failed to produce sufficient evidence to meet the section 1 justification burden, as the rights of refugee claimants are more than minimally impaired by the STCA and the deleterious effects (detention and threats to security of the person) are not proportional to the salutary effects (administrative efficiency).

[150] I conclude that the respondents have not met their section 1 evidentiary burden.

Does the STCA Infringe Section 15 of the Charter?

[151] In addition to the challenge under section 7 of the Charter, the applicants also argue that although the STCA applies to everyone, it violates section 15 of the Charter because it has a disproportionate impact on women. The applicants contend that this is due to the operation of domestic U.S. asylum law and to claims made under the “particular social group” where most gender claims would be made. They rely upon the evidence of Prof. Anker and Prof. Musalo, who explain recent developments in U.S. asylum law pertaining to the category “particular social group”, in particular, new restrictions that have come about due to the *Matter of A-B-*.

[152] Prof. Anker explains in her June 26, 2018 affidavit, the *Matter of A-B-* reframed the non-state actor doctrine in the U.S. in a manner that makes it more restrictive. In this decision, the Attorney General restricted the application of the non-state actors doctrine to “exceptional circumstances” in which the state “condones the conduct and when the ‘persecutors actions can be attributed’ to the state” (June 26, 2018 affidavit of Prof. Anker, at paragraph 10; *Matter of A-B-*, 22 I&N 318 (A.G. 2018), at page 317)). Prof. Anker states, at paragraph 8 of her

est difficile à concilier (*Kreishan*, au paragraphe 71). Bien qu’il ait pu y avoir des motifs justifiables en 2004, lorsque l’ETPS a été adoptée, il n’est pas établi que cette [TRADUCTION] « exclusion » réponde à un quelconque objectif justifiable à l’heure actuelle.

[149] Les défendeurs n’ont pas produit suffisamment d’éléments de preuve pour s’acquitter du fardeau de justification imposé par l’article premier, car l’atteinte aux droits des demandeurs d’asile par l’ETPS est plus que minimale et les effets préjudiciables (détenation et menaces à la sécurité de la personne) ne sont pas proportionnels aux effets bénéfiques (efficacité administrative).

[150] Je conclus que les défendeurs ne se sont pas acquittés du fardeau de la preuve qui leur incombait au titre de l’article premier.

L’ETPS viole-t-elle l’article 15 de la Charte?

[151] Outre la contestation fondée sur l’article 7 de la Charte, les demandeurs soutiennent également que, même si l’ETPS s’applique à tous, elle viole l’article 15 de la Charte parce qu’elle a des répercussions disproportionnées sur les femmes. Les demandeurs allèguent que cela est dû à l’effet du droit américain en matière d’asile et aux demandes présentées à titre de [TRADUCTION] « groupe social particulier » où la plupart des demandes sont faites en fonction du sexe. Ils s’appuient sur les témoignages de M<sup>me</sup> Anker et de M<sup>me</sup> Musalo, qui expliquent les développements récents en matière de droit d’asile aux États-Unis concernant la catégorie [TRADUCTION] « groupe social particulier », en particulier les nouvelles restrictions qui sont apparues par suite de l’affaire *Matter of A-B-*.

[152] M<sup>me</sup> Anker explique dans son affidavit du 26 juin 2018 que l’affaire *Matter of A-B-* a redéfini la doctrine des acteurs non étatiques aux États-Unis de manière à la rendre plus restrictive. Dans cette décision, le procureur général a limité l’application de la doctrine des acteurs non étatiques aux [TRADUCTION] « circonstances exceptionnelles » dans lesquelles l’État [TRADUCTION] « tolère la conduite et lorsque les « actes des persécuteurs peuvent être attribués » à l’État » (paragraphe 10 de l’affidavit du 26 juin 2018 de M<sup>me</sup> Anker; *Matter of A-B-*, 22

June 2018 affidavit, that this different requirement is a derogation from the “basic principle of refugee law that lack of state protection will be found where the state is *either unwilling or unable*, despite willingness, to provide protection from serious harm by a non-state actor.” The applicants argue that this decision, in addition to other pre-existing factors, such as the restrictive definition of “particular social group” under U.S. law, increases the risk of *refoulement* for those making claims under the category.

[153] The applicants also argue that the one-year bar in the U.S. disproportionately affects women because they frequently miss this deadline due to the nature of their claims. They argue that the nature of the persecution makes women less likely to disclose their persecution within the one-year deadline, because of the social norms in their countries of origin where they are viewed as private and/or family matters.

[154] As I have concluded that the STCA infringes section 7 of the Charter, I decline to address the section 15 Charter challenge (*Carter*, paragraph 93).

Should the Court Decline to Consider Ms. Mustefa’s Application?

[155] The respondents argue that Ms. Mustefa does not have “clean hands” because she engaged in “serious misconduct” at the time of making her refugee claim therefore the Court should decline to consider her judicial review application.

[156] When she arrived at the POE, Ms. Mustefa claimed she was eligible for an exemption to the STCA under subparagraph 159.5(b)(ii) of the Regulations because she had family in Canada. Ms. Mustefa initially listed two men as “uncles” on the forms she submitted.

I&N 318 (A.G. 2018), à la page 317). M<sup>me</sup> Anker affirme au paragraphe 8 de son affidavit de juin 2018 que cette exigence différente est une dérogation au [TRADUCTION] « principe fondamental du droit des réfugiés selon lequel l’absence de protection de l’État sera constatée lorsque l’État ne veut pas ou ne peut pas, malgré sa volonté, fournir une protection contre des préjudices graves causés par un acteur non étatique ». Les demandeurs font valoir que cette décision, en plus d’autres facteurs préexistants, comme la définition restrictive de [TRADUCTION] « groupe social particulier » au sens du droit américain, augmente le risque de refoulement pour ceux qui présentent des demandes au titre de cette catégorie.

[153] Les demandeurs font également valoir que le délai de prescription d’un an aux États-Unis a une incidence disproportionnée sur les femmes, étant donné qu’il arrive souvent qu’elles ne soient pas en mesure de respecter ce délai en raison de la nature de leurs demandes. Ils soutiennent que compte tenu de la nature de la persécution dont elles sont victimes, les femmes sont moins susceptibles de révéler les actes de persécution dans le délai d’un an, en raison des normes sociales de leur pays d’origine où pareils actes sont considérés comme des questions privées et/ou familiales.

[154] Comme j’ai conclu que l’ETPS viole l’article 7 de la Charte, je décline de répondre à la contestation fondée sur l’article 15 de la Charte (*Carter*, au paragraphe 93).

La Cour devrait-elle refuser d’examiner la demande de M<sup>me</sup> Mustefa?

[155] Les défendeurs font valoir que M<sup>me</sup> Mustefa n’a pas une [TRADUCTION] « conduite irréprochable » parce qu’elle a commis une [TRADUCTION] « inconduite grave » au moment où elle a présenté sa demande d’asile et que la Cour devrait donc refuser d’examiner sa demande de contrôle judiciaire.

[156] Lorsqu’elle est arrivée au PDE, M<sup>me</sup> Mustefa a déclaré qu’elle pouvait bénéficier d’une exception au titre de l’ETPS en application du sous-alinéa 159.5b)(ii) du Règlement parce qu’elle avait de la famille au Canada. M<sup>me</sup> Mustefa a d’abord inscrit deux hommes comme ses



However, these men were in fact Ms. Mustefa's cousins, not uncles. She then listed her actual uncle, Mr. Mustefa, as her proposed anchor relative. At that time, Mr. Mustefa did not reside in Canada, but was present in Canada when Ms. Mustefa tried to make a refugee claim, as he drove her to the border.

[157] Based upon the questioning of Ms. Mustefa on this issue, her evidence is that she uses the term "uncle" to address older male relatives as a sign of respect. In light of this, in listing her cousins as anchor relatives, I do not find that she intended to deceive the CBSA officer or that she engaged in serious misconduct. Furthermore, there was no finding of misconduct on the part of CBSA. Accordingly, I accept her evidence.

[158] In any event, as I have found a breach of section 7 of the Charter, I am allowing her judicial review application on that basis.

## XI. CERTIFIED QUESTIONS

[159] The parties jointly propose the following questions:

1. Is the designation of the United States of America as a "safe third country" under section 159.3 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations ultra vires* [of] the *Immigration and Refugee Protection Act*?
2. Does the combined effect of paragraph 101(1)(e) of the *Immigration and Refugee Protection Act* and section 159.3 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* result in violation(s) of subsection 15(1) and/or section 7 of the *Charter of Rights and Freedoms*, and if so is/are such violation(s) justified under section 1 of the Charter?

oncles sur les formulaires qu'elle a présentés. Toutefois, ces hommes étaient en fait les cousins de M<sup>me</sup> Mustefa, et non pas ses oncles. Elle a ensuite désigné son véritable oncle, M. Mustefa, comme étant un membre de la famille prêt à aider. À ce moment, M. Mustefa ne résidait pas au Canada, mais il était présent au Canada lorsque M<sup>me</sup> Mustefa a tenté de présenter une demande d'asile; c'est lui qui l'a conduit à la frontière.

[157] Lorsqu'elle a été interrogée à ce sujet, M<sup>me</sup> Mustefa a dit qu'elle utilise le terme « oncle » pour s'adresser à des parents masculins plus âgés en signe de respect. À la lumière de cette information, en désignant ses cousins comme membres de sa famille prêts à l'aider, je ne pense pas qu'elle ait eu l'intention de tromper l'agent de l'ASFC ou qu'elle ait commis une inconduite grave. Par ailleurs, l'ASFC n'a constaté aucune inconduite de sa part. En conséquence, j'accepte son témoignage.

[158] En tout état de cause, comme j'ai conclu à une violation de l'article 7 de la Charte, j'accueille sa demande de contrôle judiciaire sur cette base.

## XI. QUESTIONS CERTIFIÉES

[159] Les parties proposent conjointement les questions suivantes à la certification :

1. La désignation des États-Unis d'Amérique comme « tiers pays sûr » au titre de l'article 159.3 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* est-elle *ultra vires* de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*?
2. L'effet combiné de l'alinéa 101(1)(e) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et de l'article 159.3 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* entraîne-t-il une ou plusieurs violations du paragraphe 15(1) et/ou de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et, dans l'affirmative, cette violation ou ces violations sont-elles justifiées au regard de l'article premier de la Charte?

[160] In the circumstances I am satisfied that these questions meet the test in *Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 674, at paragraph 46.

[161] I am therefore certifying both questions.

## XII. CONCLUSION

[162] For the reasons outlined above, I conclude that the provisions enacting the STCA infringe the guarantees in section 7 of the Charter. I have also concluded that the infringement is not justified under section 1 of the Charter. Accordingly, paragraph 101(1)(e) of the IRPA and section 159.3 of the Regulations are of no force or effect pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982*, because they violate section 7 of the Charter.

[163] To allow time for Parliament to respond, I am suspending this declaration of invalidity for a period of 6 months from the date of this decision.

[164] No costs were requested and no costs are awarded.

JUDGMENT in IMM-2977-17, IMM-2229-17 and  
IMM-775-17

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The judicial review applications are granted;
2. Paragraph 101(1)(e) of the IRPA and section 159.3 of the Regulations are of no force or effect pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982*, because they violate section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;
3. This declaration of invalidity shall be suspended for a period of 6 months from the date of this decision;

[160] Dans les circonstances, je suis convaincu que ces questions satisfont au critère de l'arrêt *Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674, exposés au paragraphe 46.

[161] Je certifie donc les deux questions.

## XII. CONCLUSION

[162] Pour les motifs exposés précédemment, je conclus que les dispositions édictant l'ETPS violent les droits garantis par l'article 7 de la Charte. J'ai également conclu que cette violation n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la Charte. En conséquence, l'alinéa 101(1)e) de la LIPR et l'article 159.3 du Règlement sont inopérants en application de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, car ils violent l'article 7 de la Charte.

[163] Afin de permettre au législateur de répondre, je suspends la présente déclaration d'invalidité pour une période de six mois à compter de la date de la présente décision.

[164] Comme il n'y a pas eu de demande quant aux dépens, je n'en adjugerai aucuns.

JUGEMENT dans les dossiers IMM-2977-17,  
IMM-2229-17 et IMM-775-17

LA COUR STATUE que :

1. Les demandes de contrôle judiciaire sont accueillies.
2. L'alinéa 101(1)e) de la LIPR et l'article 159.3 du Règlement sont inopérants en application de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, car ils violent l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.
3. Cette déclaration d'invalidité est suspendue pour une période de six mois à compter de la date de la présente décision.

4. The following questions are certified:

- (1) Is the designation of the United States of America as a “safe third country” under section 159.3 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations ultra vires* [of] the *Immigration and Refugee Protection Act*?
- (2) Does the combined effect of paragraph 101(1)(e) of the *Immigration and Refugee Protection Act* and section 159.3 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* result in violation(s) of subsection 15(1) and/or section 7 of the *Charter of Rights and Freedoms*, and if so is/are such violation(s) justified under section 1 of the Charter?

5. No costs are awarded.

4. Les questions suivantes sont certifiées :

- 1) La désignation des États-Unis d’Amérique comme « tiers pays sûr » au titre de l’article 159.3 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* est-elle *ultra vires* de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*?
- 2) L’effet combiné de l’alinéa 101(1)e) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* et de l’article 159.3 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* entraîne-t-il une ou plusieurs violations du paragraphe 15(1) et/ou de l’article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et, dans l’affirmative, cette violation ou ces violations sont-elles justifiées au regard de l’article premier de la Charte?

5. Aucuns dépens ne sont adjugés.

A-382-19  
2020 FCA 196

A-382-19  
2020 CAF 196

**Canadian Association of Refugee Lawyers** (*Appellant*)

**L'association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés** (*appelante*)

v.

c.

**The Minister of Immigration, Refugees and Citizenship**  
(*Respondent*)

**Le ministre de l'Immigration, des Réfugiés et de la Citoyenneté** (*intimé*)

and

et

**The Immigration and Refugee Board** (*Intervener*)

**La Commission de l'immigration et du statut de réfugié** (*intervenante*)

**INDEXED AS: CANADIAN ASSOCIATION OF REFUGEE LAWYERS v. CANADA (IMMIGRATION, REFUGEES AND CITIZENSHIP)**

**RÉPERTORIÉ: ASSOCIATION CANADIENNE DES AVOCATS ET AVOCATES EN DROIT DES RÉFUGIÉS c. CANADA (IMMIGRATION, RÉFUGIÉS ET CITOYENNETÉ)**

Federal Court of Appeal, Near, de Montigny and LeBlanc JJ.A.—By videoconference, September 16; Ottawa, November 13, 2020.

Cour d'appel fédérale, juges Near, de Montigny et LeBlanc, J.C.A.—Par vidéoconférence, 16 septembre; Ottawa, 13 novembre 2020.

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Appeal, cross-appeal from Federal Court decision granting in part two applications for judicial review challenging designation of four Jurisprudential Guides (JG) by Chairperson of Immigration and Refugee Board (IRB) — First application concerning designation of three decisions from Refugee Appeal Division (RAD) pertaining to Pakistan, India, China, respectively, as JGs while second application to same effect but with respect to JG pertaining to Nigeria — Federal Court finding that impugned JGs validly enacted pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 159(1)(h); that not unreasonable for Chairperson to implicitly construe provision as conferring upon him authority to issue JGs that include factual considerations — Moreover, finding statement of expectation included in policy notes accompanying JGs for Pakistan, India, China unlawful, inoperative — However, Federal Court not finding any issue with JG for Nigeria; also certifying two serious questions of general importance — Main issues whether Chairperson of IRB having authority pursuant to Act, s. 159(1)(h) to issue JGs that include factual determinations (first certified question); whether JGs that Chairperson issued respecting Nigeria, Pakistan, India, China unlawfully fettering discretion of Refugee Protection Division, RAD members to make their own factual findings or improperly encroach upon their adjudicative independence (second certified question); whether cumulative effect of facts, context*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Appel et appel incident d'une décision rendue par la Cour fédérale, qui a accueilli, en partie, deux demandes de contrôle judiciaire concernant la désignation de quatre guides jurisprudentiels par le président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) — La première demande concernait la décision de désigner trois décisions de la Section d'appel des réfugiés (SAR) touchant le Pakistan, l'Inde et la Chine, respectivement, comme guides jurisprudentiels, tandis que la seconde demande concernait une décision similaire, mais à propos d'un guide jurisprudentiel sur le Nigéria — La Cour fédérale a conclu que les guides jurisprudentiels contestés ont été validement adoptés conformément à l'art. 159(1)h de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés; qu'il n'était pas déraisonnable pour le président d'interpréter implicitement cette disposition comme lui conférant le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels contenant des considérations factuelles — De plus, elle a jugé la déclaration d'attente incluse dans les notes de politique accompagnant les guides jurisprudentiels sur le Pakistan, l'Inde et la Chine illégale et inopérante — Toutefois, la Cour fédérale a estimé que le guide jurisprudentiel sur le Nigéria ne posait aucun problème; elle a aussi certifié deux questions comme questions graves de portée générale — Il s'agissait principalement de savoir si le président de la CISR a le pouvoir, aux termes de l'art. 159(1)h de la Loi, de publier des guides jurisprudentiels*

*surrounding promulgation of Nigeria JG giving rise to reasonable apprehension of bias — Federal Court properly finding that Chairperson having authority to issue JGs on issues of fact in accordance with plain words of statutory provision — Chairperson implicitly interpreting Act, s. 159(1)(h) as conferring upon him authority to issue JGs on factual issues, which interpretation reasonable — In case at bar, express statutory grant of authority to Chairperson existing, no limitation confining scope of s. 159(1)(h) to issues of law or mixed fact, law — None of impugned JGs improperly encroaching on Board members' adjudicative independence, not unlawfully fettering Board members' independence — Regarding Nigeria JG, Federal Court properly dismissing arguments raised by appellant — Manner in which Nigeria JG selected not giving rise to reasonable apprehension of bias — Appellant failing to demonstrate that Federal Court wrong in concluding that decision independently made — Federal Court therefore not erring in answering first certified question affirmatively but did so in answering second certified question affirmatively to extent Pakistan, India, China JGs concerned — Appeal dismissed, cross-appeal allowed.*

This was an appeal and cross-appeal from a decision of the Federal Court granting in part two applications for judicial review challenging the designation of four Jurisprudential Guides (JG) by the Chairperson of the Immigration and Refugee Board of Canada (Board or IRB). The first application concerned the designation of three decisions from the Refugee Appeal Division (RAD) pertaining to Pakistan, India and China, respectively, as JGs. The second application was to the same effect but with respect to a JG pertaining to Nigeria. The Federal Court found that the impugned JGs had been validly enacted pursuant to paragraph 159(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. In other words, it was not unreasonable for the Chairperson to implicitly construe that provision as conferring upon him the authority to issue JGs that include factual considerations. However, the statement of expectation included in the policy notes accompanying the JGs pertaining to Pakistan, India and China was

*comprenant des déterminations factuelles (première question certifiée); si les guides jurisprudentiels que le président a publiés sur le Nigéria, le Pakistan, l'Inde et la Chine constituent une entrave illicite au pouvoir discrétionnaire des membres de la Section de la protection des réfugiés et de la SAR de tirer leurs propres conclusions de fait, ou portent indûment atteinte à leur indépendance décisionnelle (deuxième question certifiée); si l'effet cumulé des faits et du contexte entourant la promulgation du guide jurisprudentiel sur le Nigéria donne ouverture à une crainte raisonnable de partialité — La Cour fédérale a conclu à juste titre que le président avait le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels sur des questions de fait, conformément au sens ordinaire de la disposition législative — Le président a implicitement interprété l'art. 159(1)(h) de la Loi comme lui conférant le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels sur des questions de fait, et cette interprétation était raisonnable — En l'espèce, le président dispose d'une autorisation législative expresse, et il n'existe aucune limite confinant le champ d'application de l'art. 159(1)(h) aux questions de droit ou aux questions mixtes de droit et de fait — Aucun des guides jurisprudentiels contestés n'a à tort porté atteinte à l'indépendance décisionnelle des commissaires, ni n'a entravé illégalement l'indépendance des commissaires — En ce qui concerne le guide jurisprudentiel sur le Nigéria, la Cour fédérale a rejeté à juste titre les arguments soulevés par l'appelante — La manière avec laquelle il a été sélectionné n'a pas donné ouverture à une crainte raisonnable de partialité — L'appelante n'a pas réussi à démontrer que la Cour fédérale a commis une erreur quand elle a conclu que la décision a été rendue de manière indépendante — Par conséquent, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en répondant par l'affirmative à la première question certifiée, mais elle a commis une erreur en répondant par l'affirmative à la seconde question certifiée, dans la mesure où les guides jurisprudentiels sur le Pakistan, l'Inde et la Chine étaient en cause — Appel rejeté, appel incident accueilli.*

Il s'agissait d'un appel et d'un appel incident d'une décision rendue par la Cour fédérale, qui a accueilli, en partie, deux demandes de contrôle judiciaire concernant la désignation de quatre guides jurisprudentiels par le président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (la Commission ou la CISR). La première demande concernait la décision de désigner trois décisions de la Section d'appel des réfugiés (SAR) touchant le Pakistan, l'Inde et la Chine, respectivement, comme guides jurisprudentiels. La seconde demande concernait une décision similaire, mais à propos d'un guide jurisprudentiel sur le Nigéria. La Cour fédérale a conclu que les guides jurisprudentiels contestés ont été validement adoptés conformément à l'alinéa 159(1)(h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Autrement dit, il n'était pas déraisonnable pour le président d'interpréter implicitement cette disposition comme lui conférant le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels contenant des considérations factuelles.

found to be unlawful and inoperative to the extent only that it pressured Board members to adopt the RAD's own findings on issues that went beyond the evidence specific to claimants. The Federal Court saw no issue, however, with the JG pertaining to Nigeria which, given its particular emphasis on each claim's specific circumstances, did not fetter the discretion of Board members or improperly interfere with their independence. The Federal Court also certified two serious questions of general importance. The first question was whether the Chairperson of the IRB has the authority pursuant to paragraph 159(1)(h) of the Act to issue jurisprudential guidelines that include factual determinations and the second question was whether the JGs that the Chairperson issued respecting Nigeria, Pakistan, India and China unlawfully fetter the discretion of members of the Refugee Protection Division (RPD) and the RAD to make their own factual findings or improperly encroach upon their adjudicative independence.

With respect to the Chairperson's decision to identify four decisions of the RAD as JGs, three of these guides were issued in 2017 and involved an RAD decision concerning a Pakistani refugee claimant (Pakistan Guide); an RAD decision concerning a Chinese refugee claimant (China Guide); and an RAD decision concerning an Indian refugee claimant (India Guide). The fourth guide, which was issued in 2018, concerned an RAD decision involving a Nigerian refugee claimant (Nigeria Guide). At the time the Federal Court rendered its decision, the JGs pertaining to India and China had been revoked (in 2018 and 2019 respectively). The JG pertaining to Nigeria was later revoked in light of developments in the country of origin information. As a result, of the four JGs that were the subject of the appeal, only the JG pertaining to Pakistan was still in force.

The main issues were whether the Chairperson of the IRB has the authority pursuant to paragraph 159(1)(h) of the Act to issue JGs that include factual determinations (first certified question); whether the JGs that the Chairperson issued with respect to Nigeria, Pakistan, India, and China unlawfully fetter the discretion of members of the RPD and the RAD to make their own factual findings or improperly encroach upon their adjudicative independence (second certified question); and whether the cumulative effect of the facts and context surrounding the promulgation of the Nigeria JG give rise to a reasonable apprehension of bias.

Cela dit, la déclaration d'attente incluse dans les notes de politique accompagnant les guides jurisprudentiels sur le Pakistan, l'Inde et la Chine a été jugée illégale et inopérante, dans la mesure où elle exerçait une pression sur les commissaires pour qu'ils adoptent les propres conclusions de la SAR, sur des questions allant au-delà des éléments de preuve propres aux demandeurs d'asile. Toutefois, la Cour a estimé que le guide jurisprudentiel sur le Nigéria ne posait aucun problème, compte tenu de l'importance accordée aux circonstances propres à chaque demande, et qu'il ne constituait pas une entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires, et n'empiétait pas non plus sur leur indépendance. La Cour fédérale a aussi certifié deux questions comme questions graves de portée générale. La première question était de savoir si le président de la CISR a le pouvoir, aux termes de l'alinéa 159(1)h de la Loi, de publier des guides jurisprudentiels comprenant des déterminations factuelles, et la deuxième question était de savoir si les guides jurisprudentiels que le président a publiés sur le Nigéria, le Pakistan, l'Inde et la Chine constituent une entrave illicite au pouvoir discrétionnaire des membres de la Section de la protection des réfugiés (SPR) et de la SAR de tirer leurs propres conclusions de fait, ou portent indûment atteinte à leur indépendance décisionnelle.

En ce qui concerne la décision prise par le président de la Commission de désigner quatre décisions de la SAR comme guides jurisprudentiels, trois de ces guides ont été publiés en 2017; ils portaient sur une décision de la SAR concernant un demandeur d'asile pakistanais (guide sur le Pakistan); une décision de la SAR concernant un demandeur d'asile chinois (guide sur la Chine); et une décision de la SAR concernant un demandeur d'asile indien (guide sur l'Inde). Le quatrième guide, qui a été publié en 2018, concernait la décision de la SAR mettant en cause un demandeur d'asile nigérian (guide sur le Nigéria). Au moment où la Cour fédérale a rendu sa décision, les guides jurisprudentiels concernant l'Inde et la Chine avaient été révoqués (en 2018 et en 2019 respectivement). Le guide jurisprudentiel concernant le Nigéria a été révoqué subseqüemment, à la lumière de faits nouveaux concernant les renseignements sur le pays d'origine. Par conséquent, parmi les quatre guides jurisprudentiels faisant l'objet de l'appel, seul le guide jurisprudentiel sur le Pakistan était encore en vigueur.

Il s'agissait principalement de savoir si le président de la CISR a le pouvoir, aux termes de l'alinéa 159(1)h de la Loi, de publier des guides jurisprudentiels comprenant des déterminations factuelles (première question certifiée); si les guides jurisprudentiels que le président a publiés sur le Nigéria, le Pakistan, l'Inde et la Chine constituent une entrave illicite au pouvoir discrétionnaire des membres de la SPR et de la SAR de tirer leurs propres conclusions de fait, ou portent indûment atteinte à leur indépendance décisionnelle (deuxième question certifiée); et si l'effet cumulé des faits et du contexte entourant la promulgation du guide jurisprudentiel sur le Nigéria donne ouverture à une crainte raisonnable de partialité.



*Held*, the appeal should be dismissed and the cross-appeal should be allowed.

The Federal Court properly found that the Chairperson had the authority to issue JGs on issues of fact in accordance with the plain words of the statutory provision. The Chairperson implicitly interpreted paragraph 159(1)(h) of the Act as conferring upon him the authority to issue JGs on factual issues, and that implicit interpretation was reasonable. In the case at bar, there is an express statutory grant of authority to the Chairperson. Moreover, as properly noted by the Federal Court, there is no limitation confining the scope of paragraph 159(1)(h) to issues of law or mixed fact and law. On the contrary, the authority of the Chairperson to issue JGs is conferred in the broadest terms, as long as their purposes are to assist members in carrying out their duties, and with the only requirement that their issuance be preceded by consultation with the Deputy Chairperson. The breadth of this power aligns with the context in which paragraph 159(1)(h) is found. As well, sections 170 and 171 provide guidance to members in conducting proceedings and make clear that Parliament's intention was to promote efficiency and consistency while taking into account considerations of fairness and natural justice. Paragraph 159(1)(h) cannot be interpreted in a vacuum. The legislative context in which it is found is consistent with the broad interpretation that the Chairperson has given to that provision, namely to ensure that Board members carry out their duties efficiently and without undue delays. Thus, the first certified question was answered in the affirmative.

None of the impugned JGs improperly encroach upon Board members' adjudicative independence. This is so, in particular, because Board members remain free to decide cases on the basis of their own assessment of the facts and the evidence before them. The Federal Court's finding of improper pressure on Board members rested on a constellation of factors but some of the comments made were disputable. The evidence, as it was presented by the Federal Court, did not establish on a balance of probabilities that Board members feel pressured as to how they should conduct themselves. The impugned JGs do not unlawfully fetter the Board members' independence. They simply put claimants on notice that the current existing conditions seem to suggest certain conditions in a given country, without providing a definitive assessment of the facts and without preventing claimants and their counsel from distinguishing their particular circumstances. JGs on findings of fact are fraught with risks and difficulties, as the repeal of three of them abundantly showed. Country conditions, by their very nature, are bound to change with potentially dramatic consequences for refugee claimants. This is why the decision to designate a JG should be taken with the utmost caution.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté et l'appel incident doit être accueilli.

La Cour fédérale a conclu à juste titre que le président avait le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels sur des questions de fait, conformément au sens ordinaire de la disposition législative. Le président a implicitement interprété l'alinéa 159(1)h de la Loi comme lui conférant le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels sur des questions de fait, et cette interprétation implicite était raisonnable. En l'espèce, le président dispose d'une autorisation législative expresse. Qui plus est, comme l'a souligné à juste titre la Cour fédérale, il n'existe aucune limite confinant le champ d'application de l'alinéa 159(1)h aux questions de droit ou aux questions mixtes de droit et de fait. Au contraire, le pouvoir dont dispose le président de publier des guides jurisprudentiels lui est conféré selon des termes généraux, pourvu que leur but soit d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions, et que leur publication soit précédée d'une consultation des vice-présidents. L'étendue de ce pouvoir respecte le contexte de l'alinéa 159(1)h. De plus, les articles 170 et 171 fournissent aux commissaires une orientation concernant la conduite des instances, et indiquent clairement que l'intention du législateur était de promouvoir l'efficacité et la cohérence, tout en tenant compte de considérations d'équité et de justice naturelle. L'alinéa 159(1)h ne peut être interprété hors contexte. Le contexte législatif qui l'entoure est conforme à l'interprétation large qu'a faite le président de cette disposition, soit qu'elle vise à permettre aux commissaires de remplir leurs fonctions avec diligence et efficacité. Pour ces raisons, il convenait de répondre à la première question certifiée par l'affirmative.

Aucun des guides jurisprudentiels contestés n'a à tort porté atteinte à l'indépendance décisionnelle des commissaires. Cela est attribuable au fait notamment que les commissaires demeurent libres de statuer sur une affaire en fonction de leur propre appréciation des faits et des éléments de preuve qui leur ont été présentés. La conclusion de la Cour fédérale relative aux pressions indues exercées sur les commissaires reposait sur une constellation de facteurs, mais certaines des remarques étaient discutables. Les éléments de preuve, tels qu'ils ont été présentés par la Cour fédérale, ne permettaient pas d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que les commissaires subissaient des pressions quant à la conduite qu'on attendait d'eux. Les guides jurisprudentiels contestés n'entraient pas illégalement l'indépendance des commissaires. Ils informent simplement les demandeurs d'asile que les conditions existantes actuelles semblent indiquer que certaines conditions existent dans un pays donné, sans fournir une évaluation définitive des faits, et sans interdire aux demandeurs d'asile et à leurs avocats d'expliquer comment leur situation personnelle se distingue à cet égard. Les guides jurisprudentiels comportant des conclusions de fait présentent des risques et des difficultés,

With respect to the Nigeria JG, the arguments raised by the appellant, which for the most part were arguments made before the Federal Court, were properly dismissed by the Federal Court, and the manner in which the Nigeria JG was selected did not give rise to a reasonable apprehension of bias. When viewed from the objective perspective of the reasonable person, the circumstances referred to by the appellant would not create a reasonable apprehension of bias. The Federal Court appropriately found that there was no evidence to suggest that the Chairperson made any attempt to identify the decision as a JG before it was finalized or to interfere with the Board member's discretion in coming to her own conclusions. Indeed, the decision was identified as a JG long after the member issued her decision. There was no evidence that the Board member in question did not reach her decision independently of any influence or that there was improper consultation. Thus, the appellant failed to demonstrate that the Federal Court was wrong in concluding that the decision was independently made and that the Board member at issue was not the subject of any kind of pressure or influence in arriving at her conclusions. There was also no indication in the record tending to show that the Board member improperly consulted other members while she was deliberating or that the circulation of draft reasons to other members for their comments was not voluntary. The Chairperson's objectives in issuing the Nigeria JG were perfectly legitimate and rationally linked to the selected decision. As found by the Federal Court, nothing suggested that the expressly stated goal of conducting "more focused hearings", in particular, were a disguised attempt at reducing the rate of acceptance of refugee claims by persons of Nigerian origin. There was no evidence that the Board was looking for quick dismissals of refugee claims by persons of Nigerian origin as opposed to streamlining the process. As well, the lack of consultation with the immigration and refugee bar prior to the issuance of the Nigeria JG was not contributive of an appearance of bias.

Therefore, the Federal Court did not err in answering the first certified question affirmatively but did so in answering the second certified question affirmatively to the extent that the Pakistan, India and China JGs were concerned.

comme l'a démontré amplement la révocation de trois d'entre eux. Par sa nature même, la situation dans un pays est vouée à changer, ce qui peut avoir des conséquences potentiellement dramatiques pour les demandeurs d'asile. C'est pourquoi la décision de désigner un guide jurisprudentiel devrait être prise avec la plus grande prudence.

En ce qui concerne le guide jurisprudentiel sur le Nigéria, les arguments soulevés par l'appelante, qui sont le reflet, pour la plupart, des arguments présentés devant la Cour fédérale, ont été rejetés à juste titre par la Cour fédérale, et la manière avec laquelle il a été sélectionné ne donnait pas ouverture à une crainte raisonnable de partialité. Quand on examine les circonstances auxquelles l'appelante a fait référence du point de vue objectif de la personne raisonnable, elles ne créent pas une crainte raisonnable de partialité. La Cour fédérale a à juste titre conclu qu'il n'existait aucun élément de preuve laissant croire que le président ait tenté de désigner la décision comme guide jurisprudentiel avant qu'elle n'ait été complétée, ou d'empiéter sur le pouvoir discrétionnaire de la commissaire l'autorisant à tirer ses propres conclusions. En effet, la décision a été désignée comme guide jurisprudentiel longtemps après que la commissaire eut rendu sa décision. Il n'existait aucun élément de preuve que la commissaire n'a pas rendu sa décision indépendamment de toute influence, ou que les consultations n'étaient pas appropriées. L'appelante n'a donc pas réussi à démontrer que la Cour fédérale a commis une erreur quand elle a conclu que la décision a été rendue de manière indépendante et que la commissaire n'a fait l'objet d'aucune pression ou influence pour en arriver à ses conclusions. Il n'y avait également rien au dossier tendant à démontrer que la commissaire a de manière inappropriée consulté d'autres commissaires pendant qu'elle délibérait, ou que la communication du projet de motifs à d'autres commissaires afin d'obtenir leurs commentaires n'était pas volontaire. Les objectifs du président quand il a publié le guide jurisprudentiel sur le Nigéria étaient tout à fait légitimes et liés de façon rationnelle à la décision sélectionnée. Comme l'a conclu la Cour fédérale, rien ne laissait croire que l'objectif explicitement énoncé, soit de faciliter « des audiences plus ciblées », représentait une tentative déguisée de réduire la proportion des demandes d'asile de personnes originaires du Nigéria qui sont acceptées. Il n'existait aucun élément de preuve que la Commission cherchait un moyen de rejeter rapidement les demandes d'asile de personnes originaires du Nigéria, plutôt qu'une façon de rationaliser le processus. En outre, l'absence de consultations auprès des avocats spécialisés en droit de l'immigration et des réfugiés avant la publication du guide jurisprudentiel sur le Nigéria ne contribuait pas à une apparence de partialité.

Par conséquent, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en répondant par l'affirmative à la première question, mais elle a commis une erreur en répondant par l'affirmative à la seconde question, dans la mesure où les guides jurisprudentiels sur le Pakistan, l'Inde et la Chine étaient en cause.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

Bill C-86, *An Act to Amend the Immigration Act and Other Acts in Consequence Thereof*, 34th Parl., 3rd Sess., 1992. *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 72, 74(d), 159(1)(g),(h), 162(2), 170, 171.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1; *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 198, [2008] 1 F.C.R. 385; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, (1982), 137 D.L.R. (3d) 558.

## DISTINGUISHED:

*IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, 73 O.R. (2d) 676; *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221; *Kozak v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 124, [2006] 4 F.C.R. 377.

## CONSIDERED:

*Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Citizenship and Immigration)*, IMM-3433-17, Aalto P., order dated November 14, 2017 (F.C.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Edwards*, 2005 FCA 176, 335 N.R. 181; *HD Mining International Ltd. v. Construction and Specialized Worker Union, Local 1611*, 2012 FCA 327, 442 N.R. 325; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, (1993), 105 D.L.R. (4th) 385; *Barrantes v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 518, 272 F.T.R. 164; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2003 SCC 45, [2003] 2 S.C.R. 259.

## REFERRED TO:

*Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; *Kanthisamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909; *Apotex Inc. v. Canada (Health)*, 2018 FCA 147,

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*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. 72, 74d), 159(1)g),h), 162(2), 170, 171.  
 Projet de loi C-86, *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence*, 34<sup>e</sup> lég., 3<sup>e</sup> sess., 1992.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65; *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 198, [2008] 1 R.C.F. 385; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221; *Kozak c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 124, [2006] 4 R.C.F. 377.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, IMM-3433-17, le protonotaire Aalto, ordonnance en date du 14 novembre 2017 (C.F.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Edwards*, 2005 CAF 176; *HD Mining International Ltd. c. Construction and Specialized Worker Union, section locale 1611*, 2012 CAF 327; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *Barrantes c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 518; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2003 CSC 45, [2003] 2 R.C.S. 259.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Kanthisamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *Apotex Inc. c. Canada (Santé)*, 2018 CAF 147; *Oceanex Inc. c. Canada (Transport)*,

15 C.P.R. (4th) 289; *Oceanex Inc. v. Canada (Transport)*, 2019 FCA 250, 439 D.L.R. (4th) 159; *Budlakoti v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FCA 139, 35 Imm. L.R. (4th) 1; *Canada (Attorney General) v. Rapiscan Systems, Inc.*, 2015 FCA 96, 385 D.L.R. (4th) 170; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710; *Danyi v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FC 112; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; *Re: Sound v. Fitness Industry Council of Canada*, 2014 FCA 48, [2015] 2 F.C.R. 170; *Wsáneč School Board v. British Columbia*, 2017 FCA 210, [2018] 4 C.N. L.R. 295; *Johnny v. Adams Lake Indian Band*, 2017 FCA 146; *Therrien v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 14, 24 Admin. L.R. (6th) 46; *El-Helou v. Canada (Courts Administration Service)*, 2016 FCA 273; *Arsenault v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 179, 11 Admin. L.R. (6th) 187; *Henri v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 38, 395 D.L.R. (4th) 176; *Abi-Mansour v. Canada (Foreign Affairs and International Trade Canada)*, 2015 FCA 135; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, (1995), 121 D.L.R. (4th) 385; *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *De Jong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706; *Legault v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 125, [2002] 4 F.C. 358

## AUTHORS CITED

- Canada. Citizenship and Immigration. *Bill C-11: Clause by Clause Analysis*, Ottawa: Citizenship and Immigration, 2001.
- Canada. Immigration and Refugee Board. *Policy on the Use of Jurisprudential Guides*, Policy No. 2003-01, as amended December 2016.

2019 CAF 250; *Budlakoti c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CAF 139; *Canada (Procureur général) c. Rapiscan Systems, Inc.*, 2015 CAF 96; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299; *Danyi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CF 112; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *Ré: Sonne c. Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada*, 2014 CAF 48, [2015] 2 R.C.F. 170; *Wsáneč School Board c. Colombie-Britannique*, 2017 CAF 210; *Johnny c. Bande indienne d'Adams Lake*, 2017 CAF 146; *Therrien c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 14; *El-Helou c. Canada (Services administratifs des tribunaux judiciaires)*, 2016 CAF 273; *Arsenault c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 179; *Henri c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 38; *Abi-Mansour c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2015 CAF 135; *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706; *Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 125, [2002] 4 C.F. 358.

## DOCTRINE CITÉE

- Canada. Citoyenneté et Immigration. *Projet de loi C-11: analyse article par article*, Ottawa: Citoyenneté et Immigration, 2001.
- Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Politique sur l'utilisation de guides jurisprudentiels*, Politique n° 2003-01, modifié en décembre 2016.

Canada. Immigration and Refugee Board. *Policy on the Use of Jurisprudential Guides*, Policy No. 2003-01, as amended December 2019.

Canada. Parliament. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of Legislative Committee on Bill C-86*, 34th Parl., 3rd Sess., Issue No. 10 (September 15, 1992).

Canada. Parliament. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology*, 34th Parl., 3rd Sess., Issue No. 17 (September 4, 1992).

APPEAL and CROSS-APPEAL from a Federal Court decision (2019 FC 1126, [2020] 1 F.C.R. 273) granting in part two applications for judicial review challenging the designation of four Jurisprudential Guides by the Chairperson of the Immigration and Refugee Board of Canada (*X (Re)*, 2017 CanLII 46496; *X (Re)*, 2016 CanLII 105520; *X (Re)*, 2018 CanLII 52123; *X (Re)*, 2016 CanLII 105520). Appeal dismissed, cross-appeal allowed.

#### APPEARANCES

*Lorne Waldman, Steven Blakey and Lobat Sadrehashemi* for appellant.  
*James Todd and Margherita Braccio* for respondent.  
*Darren McLeod and Keith Reimer* for intervener.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Waldman & Associates*, Toronto, and *Embarkation Law Corporation*, Vancouver, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

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

[1] DE MONTIGNY J.A.: The Canadian Association of Refugee Lawyers (CARL or the appellant) appeals, and the Minister of Citizenship and Immigration (the respondent) cross-appeals, from a decision of the Federal Court (*per* Chief Justice Crampton) dated September 2019

Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Politique sur l'utilisation de guides jurisprudentiels*, Politique n° 2003-01, modifié en décembre 2019.

Canada. Parlement. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-86*, 34<sup>e</sup> lég., 3<sup>e</sup> sess., fascicule n° 10 (le 15 septembre 1992).

Canada. Parlement. Sénat du Canada, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie*, 34<sup>e</sup> lég., 3<sup>e</sup> sess., fascicule n° 17 (le 4 septembre 1992).

APPEL et APPEL INCIDENT d'une décision rendue par la Cour fédérale (2019 CF 1126, [2020] 1 R.C.F. 273), qui a accueilli, en partie, deux demandes de contrôle judiciaire concernant la désignation de quatre guides jurisprudentiels par le président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (*X (Re)*, 2017 CanLII 46496; *X (Re)*, 2016 CanLII 105520; *X (Re)*, 2018 CanLII 52123; *X (Re)*, 2016 CanLII 105520). Appel rejeté, appel incident accueilli.

#### ONT COMPARU :

*Lorne Waldman, Steven Blakey et Lobat Sadrehashemi* pour l'appelante.  
*James Todd et Margherita Braccio* pour l'intimé.  
*Darren McLeod et Keith Reimer* pour l'intervenante.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Waldman & Associates*, Toronto, et *Embarkation Law Corporation*, Vancouver, pour l'appelante.  
*La sous-procureure générale du Canada* pour l'intimé.

Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, Vancouver, pour l'intervenante.

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

[1] LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. : L'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés (l'ACAADR ou l'appelante) interjette appel d'une décision rendue par le juge en chef Crampton de la Cour fédérale, en date du septembre 2019 (2019 CF 1126,



(2019 FC 1126, [2020] 1 F.C.R. 273) (Reasons), which granted in part, two applications for judicial review challenging the designation of four Jurisprudential Guides (JG) by the Chairperson of the Immigration and Refugee Board of Canada (the Board or the I.R.B.). The first application (IMM-3433-17) concerned the designation of three decisions from the Refugee Appeal Division (RAD) pertaining to Pakistan, India and China, respectively, as JGs. The second application (IMM-3373-18) was to the same effect, but with respect to a JG pertaining to Nigeria.

[2] The Federal Court found that the impugned JGs had been validly enacted pursuant to paragraph 159(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). In other words, it was not unreasonable for the Chairperson to implicitly construe that provision as conferring upon him the authority to issue JGs that include factual considerations.

[3] That said, the statement of expectation included in the policy notes accompanying the JGs pertaining to Pakistan, India and China was found to be unlawful and inoperative to the extent only that it pressured Board members to adopt the RAD's own findings, on issues that went beyond the evidence specific to claimants. The Court saw no issue, however, with the JG pertaining to Nigeria which, given its particular emphasis on each claim's specific circumstances, did not fetter the discretion of Board members or improperly interfere with their independence.

[4] The Federal Court [at paragraph 240] certified the two following serious questions of general importance, as contemplated by paragraph 74(d) of the IRPA:

1. Does the Chairperson of the Immigration and Refugee Board have the authority pursuant to paragraph 159(1)(h) of the Immigration and Refugee Protection Act to issue jurisprudential guidelines that include factual determinations?

[2020] 1 R.C.F. 273) (motifs), par laquelle il a accueilli, en partie, deux demandes de contrôle judiciaire concernant la désignation de quatre guides jurisprudentiels par le président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (la Commission ou la C.I.S.R.); le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (l'intimé) interjette un appel incident. La première demande (IMM-3433-17) concernait la décision de désigner trois décisions de la Section d'appel des réfugiés (SAR) touchant le Pakistan, l'Inde et la Chine, respectivement, comme guides jurisprudentiels. La seconde demande (IMM-3373-18) concernait une décision similaire, mais à propos d'un guide jurisprudentiel sur le Nigéria.

[2] La Cour fédérale a conclu que les guides jurisprudentiels contestés ont été valablement adoptés conformément à l'alinéa 159(1)h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR). Autrement dit, il n'était pas déraisonnable pour le président d'interpréter implicitement cette disposition comme lui conférant le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels contenant des considérations factuelles.

[3] Cela dit, la déclaration d'attente incluse dans les notes de politique accompagnant les guides jurisprudentiels sur le Pakistan, l'Inde et la Chine a été jugée illégale et inopérante, dans la mesure où elle exerçait une pression sur les commissaires pour qu'ils adoptent les propres conclusions de la Section d'appel des réfugiés, sur des questions allant au-delà des éléments de preuve propres aux demandeurs d'asile. Toutefois, la Cour a estimé que le guide jurisprudentiel sur le Nigéria ne posait aucun problème, compte tenu de l'importance accordée aux circonstances propres à chaque demande, et qu'il ne constituait pas une entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires, et n'empiétait pas non plus sur leur indépendance.

[4] La Cour fédérale [au paragraphe 240] a certifié comme questions graves de portée générale, au sens de l'alinéa 74d) de la LIPR, les deux questions suivantes :

1. Le président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a-t-il le pouvoir, aux termes de l'alinéa 159(1)h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, de publier des guides jurisprudentiels comprenant des déterminations factuelles?



2. Do the Jurisprudential Guides that the Chairperson issued with respect to Nigeria, Pakistan, India and China unlawfully fetter the discretion of members of the Refugee Protection Division and the Refugee Appeal Division to make their own factual findings, or improperly encroach upon their adjudicative independence?

2. Les guides jurisprudentiels que le président a publiés sur le Nigéria, le Pakistan, l'Inde et la Chine constituent-ils une entrave illicite au pouvoir discrétionnaire des membres de la Section de la protection des réfugiés et de la Section d'appel des réfugiés de tirer leurs propres conclusions de fait, ou portent-ils indûment atteinte à leur indépendance décisionnelle?

[5] For the reasons that follow, I am of the view that the Federal Court did not err in answering the first question affirmatively, but did so in answering the second question affirmatively, to the extent that the Pakistan, India and China JGs were concerned. Accordingly, I would dismiss the appeal and grant the cross-appeal.

[5] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en répondant par l'affirmative à la première question, mais qu'elle a commis une erreur en répondant par l'affirmative à la seconde question, dans la mesure où les guides jurisprudentiels sur le Pakistan, l'Inde et la Chine étaient en cause. Par conséquent, je rejetterais l'appel et j'accueillerais l'appel incident.

#### I. Factual background

[6] This appeal concerns the Chairperson's decision to identify four decisions of the RAD as JGs, pursuant to paragraph 159(1)(h) of the IRPA. Three of these guides were issued on July 18, 2017: RAD decision TB7-01837 [*X (Re)*, 2017 CanLII 46496 (I.R.B.)], concerning a Pakistani refugee claimant (Pakistan Guide); RAD decision TB6-11632 [*X (Re)*, 2016 CanLII 105520 (I.R.B.)], concerning a Chinese refugee claimant (China Guide); and RAD decision MB6-01059/MB6-01060 [*X (Re)*, 2017 CanLII 43112 (I.R.B.)], concerning an Indian refugee claimant (India Guide). The fourth guide, which was issued on July 6, 2018, concerned RAD decision TB7-19851 [*X (Re)*, 2018 CanLII 52123 (I.R.B.)] involving a Nigerian refugee claimant (Nigeria Guide).

#### I. Contexte factuel

[6] Le présent appel concerne la décision prise par le président de la Commission de désigner quatre décisions de la Section d'appel des réfugiés comme guides jurisprudentiels, conformément à l'alinéa 159(1)h) de la LIPR. Trois de ces guides ont été publiés le 18 juillet 2017 : la décision TB7-01837 [*X (Re)*, 2017 CanLII 46496 (C.I.S.R.)] de la Section d'appel des réfugiés, concernant un demandeur d'asile pakistanais (guide sur le Pakistan); la décision TB6-11632 [*X (Re)*, 2016 CanLII 105520 (C.I.S.R.)] de la Section d'appel des réfugiés concernant un demandeur d'asile chinois (guide sur la Chine); la décision MB6-01059/MB6-01060 [*X (Re)*, 2017 CanLII 43112 (C.I.S.R.)] de la Section d'appel des réfugiés, concernant un demandeur d'asile indien (guide sur l'Inde). Le quatrième guide, qui a été publié le 6 juillet 2018, concernait la décision TB7-19851 [*X (Re)*, 2018 CanLII 52123 (C.I.S.R.)] de la Section d'appel des réfugiés mettant en cause un demandeur d'asile nigérian (guide sur le Nigéria).

[7] The policy notes accompanying the issuance of the JGs stress that the fair and efficient determination of refugee claims before the Refugee Protection Division (RPD) and the RAD is of “great importance” to the Board, and is “essential” to the Board dealing with a “significant backlog” in the refugee determination continuum. They go on to state that these JGs are meant to facilitate decision making “in a manner that meets the twin

[7] Les notes de politique accompagnant la publication des guides jurisprudentiels soulignent qu'il est « extrêmement important » pour la C.I.S.R. de veiller à ce que les demandes d'asile devant la Section de la protection des réfugiés et les appels devant la Section d'appel des réfugiés soient tranchés de manière équitable et efficace, et que c'est là une condition « essentielle » au traitement par la C.I.S.R. de « l'arriéré important » lié au processus

requirements of fairness and efficiency”. Indeed, it is clear from internal memos that significant backlogs and growing intake volumes were part of the rationale for issuing the disputed JGs.

[8] All of the policy notes also explain that “RPD and RAD members are expected to apply [JGs] in cases with similar facts or provide reasoned justifications for not doing so” (appeal book, pages 1735, 1755, 1776 and 1793). They add that the JGs are meant to assist RPD and RAD members in narrowing the issues to be determined, and to promote fairness, consistency and efficiency in writing reasons. Finally, the policy notes accompanying the issuance of the China, India and Pakistan JGs specifically set out the requirement that the Research Directorate of the Board must monitor and report to the RAD Deputy Chairperson any developments in the country of origin information that could have an impact on the factual foundation of the JGs.

[9] The Policy Note accompanying the identification of TB6-11632 as a JG for China (Policy Note China) states that the decision was chosen for its detailed, clear, and sound analysis of Chinese exit control procedures and the ability for those being sought by the authorities to exit China via an airport using a genuine passport. That issue had given rise to conflicting jurisprudence both at the Board level and at the Federal Court. The analysis at paragraphs 12–22 and 25–34 of the RAD decision forms the basis of this JG. The Policy Note specifies that the key determination “is one of fact that may be applicable to a large number of claims ... in relation to an aspect of the Chinese government’s public security infrastructure and how it operates” (appeal book, page 1756). After reviewing evidence with respect to China’s Golden Shield Project and security apparatus, the RAD found on a balance of probabilities that it was unlikely that a wanted

d’octroi de l’asile. Elles précisent que ces guides jurisprudentiels visent à faciliter le processus décisionnel et à « favoriser l’uniformité et la cohérence ». En fait, il ressort clairement des notes internes que l’important arriéré et le nombre croissant de nouvelles demandes font partie des motifs justifiant la publication des guides jurisprudentiels contestés.

[8] Toutes les notes de politique expliquent également que « les commissaires de la Section de la protection des réfugiés et de la Section d’appel des réfugiés doivent appliquer les guides jurisprudentiels aux cas comportant des faits semblables ou justifier leur décision de s’en écarter, le cas échéant » (dossier d’appel, pages 1735, 1755, 1776 et 1793). On y ajoute que les guides jurisprudentiels ont pour but d’aider les commissaires de la Section de la protection des réfugiés et de la Section d’appel des réfugiés à restreindre la portée des questions à trancher, et d’accroître l’équité, l’uniformité et l’efficacité des motifs invoqués. Enfin, les notes de politique accompagnant la publication des guides jurisprudentiels sur la Chine, l’Inde et le Pakistan précisent que la Direction des recherches de la Commission doit obligatoirement surveiller les faits nouveaux concernant les renseignements sur le pays d’origine qui pourraient avoir une incidence sur le fondement factuel des guides jurisprudentiels, et les signaler au vice-président de la Section d’appel des réfugiés.

[9] La note de politique accompagnant la désignation de la décision TB6-11632 en tant que guide jurisprudentiel pour la Chine (note de politique sur la Chine) indique que la décision a été choisie en raison de son analyse détaillée, claire et solide des procédures de contrôle des sorties de la Chine, et de la question visant à établir si une personne recherchée par les autorités peut quitter la Chine depuis un aéroport en utilisant un passeport authentique. Cette question avait donné lieu à une jurisprudence contradictoire au niveau de la Commission et de la Cour fédérale. L’analyse présentée aux paragraphes 12 à 22 et 25 à 34 de la décision de la Section d’appel des réfugiés constitue le fondement de ce guide jurisprudentiel. La note de politique précise que la détermination clé de ce guide jurisprudentiel est [TRADUCTION] « une question de fait qui peut s’appliquer à un grand nombre de demandes [...] relative[s] à l’infrastructure de sécurité publique du

person could have left China from an international airport using a passport with his own name, date of birth and photograph.

[10] The Policy Note accompanying the designation of decision TB7-19851 as a JG (Policy Note Nigeria) recognized the decision, and more particularly its paragraphs 13–30, as a detailed, clear and sound analytical framework to address the viability of an internal flight alternative (IFA) in Nigeria, for individuals fearing non-state actors. The Policy Note provides that the JG deals with a question of mixed fact and law, and establishes that there are several large, multilingual, multiethnic cities in south and central Nigeria where persons fleeing non-state actors may be able to safely establish themselves, depending on their own particular circumstances. The Policy Note also encourages RPD and RAD members, in appropriate circumstances, to proceed directly to an IFA analysis without having first to decide the credibility of a claimant's allegations of persecution.

[11] The JG with respect to decision MB6-01059/MB6-01060 was issued with respect to the issue of whether Sikh refugee claimants from Punjab have a viable IFA. As in the case of Nigeria, the Policy Note identifying that decision as a JG (Policy Note India) reinforces the objective of conducting more focused hearings and issuing more focused reasons. RPD and RAD members are encouraged to proceed directly, in appropriate circumstances, to an IFA analysis within India. Given that the existence of an IFA would be determinative, members would not necessarily have to decide first the credibility of the claimant's allegations of persecution. After reviewing the evidence, the RAD member determined in that decision that Punjab police would only track an

gouvernement chinois et à son fonctionnement » (dossier d'appel, page 1756). Après avoir examiné les éléments de preuve concernant le projet Bouclier d'or de la Chine et son appareil de sécurité, la Section d'appel des réfugiés a conclu, selon la prépondérance des probabilités, qu'il était improbable qu'une personne recherchée ait pu quitter la Chine depuis un aéroport international en utilisant un passeport sur lequel figurent son nom, sa date de naissance et sa photographie.

[10] Dans la note de politique accompagnant la désignation de la décision TB7-19851 en tant que guide jurisprudentiel (note de politique sur le Nigéria), l'on accusait réception de la décision, et reconnaissait, plus précisément, que les paragraphes 13 à 30 de la décision présentaient une analyse détaillée, claire et solide concernant la viabilité de possibilités de refuge intérieur (PRI) au Nigéria, pour les personnes fuyant des acteurs non étatiques. La note de politique indique que le guide jurisprudentiel porte sur une question mixte de droit et de fait, et établit qu'il existe plusieurs grandes villes multilingues et multiethniques dans le sud et le centre du Nigéria, où des personnes qui fuient des acteurs non étatiques peuvent s'établir en toute sécurité, en fonction de leur situation personnelle. La note de politique encourage également les commissaires de la Section de la protection des réfugiés et de la Section d'appel des réfugiés, dans les cas appropriés, à procéder directement à l'analyse de la possibilité de refuge intérieur au Nigéria, sans nécessairement devoir d'abord trancher la question de la crédibilité des allégations de persécution du demandeur d'asile.

[11] Le guide jurisprudentiel concernant la décision MB6-01059/MB6-01060 portait sur la question de savoir si des demandeurs d'asile sikhs originaires du Pendjab disposaient d'une possibilité de refuge intérieur viable. Comme dans le cas du Nigéria, la note de politique concernant la désignation de cette décision en tant que guide jurisprudentiel (note de politique sur l'Inde) réitère l'objectif visant à mener des audiences davantage ciblées et à fournir des motifs davantage ciblés. Dans les cas appropriés, les commissaires de la Section de la protection des réfugiés et de la Section d'appel des réfugiés sont invités à procéder directement à l'analyse d'une possibilité de refuge intérieur en Inde. Comme l'existence d'une possibilité de refuge intérieur est déterminante,

individual from state to state in extreme cases, and that neither India's tenant registration system, nor the Zipnet police computer system, would facilitate the inter-state tracking of a wanted person.

[12] Finally, the Policy Note identifying decision TB7-01837 as a JG for Pakistan (Policy Note Pakistan) formally identifies the key determination as one of mixed law and fact, the scope of which being whether the treatment experienced by Ahmadis from Pakistan amounted to persecution, and whether state protection and an IFA are available. In that case, the RAD member found that the claimant faced a serious possibility of persecution because of her Ahmadi religion and could not expect state protection or avail herself of a viable IFA.

[13] At the time the Federal Court rendered its decision, the JGs pertaining to India and China had been revoked on November 30, 2018 and June 28, 2019 respectively. The former had been revoked due to developments in the Board's country of origin information. It appears that the JG was not revoked because of actual changes that had occurred in India since its issuance, but rather as a result of changes in the documentation available on the issue. As for the latter, it was revoked because a finding of fact drawn from the Board's National Documentation Package (NDP) was ultimately found to be unsupported by the same document, as it stood at the time of the decision.

les commissaires n'auraient pas nécessairement à déterminer d'abord si les allégations de persécution du demandeur sont crédibles. Dans cette décision, après avoir examiné les éléments de preuve, la commissaire de la Section d'appel des réfugiés en est arrivée à la conclusion que la police du Pendjab ne tenterait de retrouver une personne qui aurait déménagé dans un autre État que dans des cas extrêmes, et que ni le système d'enregistrement des locataires, ni le système informatisé intégré de la police (ZIPNET), ne pourraient faciliter la traque interétatique d'une personne recherchée.

[12] Enfin, la note de politique concernant la désignation de la décision TB7-01837 en tant que guide jurisprudentiel pour le Pakistan (note de politique sur le Pakistan) précise que la conclusion déterminante de ce guide jurisprudentiel concerne une question mixte de droit et de fait, dont la portée est liée à la question de savoir si le traitement réservé aux ahmadis du Pakistan équivaut à de la persécution et s'ils peuvent bénéficier de la protection de l'État et d'une possibilité de refuge intérieur. Dans cette décision, le commissaire de la Section d'appel des réfugiés a conclu que la demanderesse était exposée à une possibilité sérieuse d'être persécutée en raison de sa religion ahmadie, et ne pouvait s'attendre à bénéficier d'une protection de l'État adéquate ou se prévaloir d'une possibilité de refuge intérieur viable.

[13] Au moment où la Cour fédérale a rendu sa décision, les guides jurisprudentiels concernant l'Inde et la Chine avaient été révoqués (le 30 novembre 2018 et le 28 juin 2019, respectivement). Dans le cas de l'Inde, le guide jurisprudentiel a été révoqué en raison de faits nouveaux concernant les renseignements sur le pays d'origine dont disposait la Commission. Il semble que le guide jurisprudentiel n'a pas été révoqué en raison de changements réels survenus en Inde depuis sa publication, mais plutôt à la suite de changements dans la documentation accessible sur la question. Quant au guide jurisprudentiel sur la Chine, il a été révoqué parce qu'une conclusion de fait tirée du cartable national de documentation de la Commission a finalement été jugée non étayée par le même document, en vigueur au moment où la décision a été rendue.

[14] The Chairperson has subsequently announced that the JG pertaining to Nigeria was revoked as of April 6, 2020, in light of developments in the country of origin information. As a result, of the four JGs that are the subject of this appeal, only the JG pertaining to Pakistan is still in force.

## II. The Impugned Decision

[15] Before the Federal Court, the respondent raised two preliminary issues. First, the Attorney General submitted that the appellant lacked standing to bring the two applications for judicial review, since the central issues were not evasive of review and could have been pursued by a litigant with a more direct stake in the issues. Second, the respondent took the position that the JG pertaining to India (and subsequently China) should no longer be part of the application in IMM-3433-17 [*Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Citizenship and Immigration)* (November 14, 2017)], to the extent that the issue of their validity was now moot as a result of their revocation.

[16] With respect to the public interest standing issue, the Court found the question to be *res judicata* as it pertained to IMM-3433-17, to the extent that a motion to strike the appellant as a party from that proceeding was rejected in an interlocutory order of Prothonotary Aalto. The respondent was precluded from appealing this decision by virtue of paragraph 72(2)(e) of the IRPA, but claimed that an appeal from Prothonotary Aalto's decision was available if, pursuant to paragraph 74(d) of the IRPA, the Federal Court certifies a serious question of general importance in the ultimate judgment relating to the application. Relying on a decision of this Court in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Edwards*, 2005 FCA 176, 335 N.R. 181 (*Edwards*), the Federal Court rejected that argument and concluded that the appeal contemplated in paragraph 74(d) is an appeal only of the judgment issued in respect of the application for judicial review, and not of interlocutory matters. The Federal Court also rejected the respondent's argument that a decision with respect to standing constitutes a separate

[14] Le président a par la suite annoncé que le guide jurisprudentiel concernant le Nigéria avait été révoqué le 6 avril 2020, à la lumière de faits nouveaux concernant les renseignements sur le pays d'origine. Par conséquent, parmi les quatre guides jurisprudentiels faisant l'objet du présent appel, seul le guide jurisprudentiel sur le Pakistan est toujours en vigueur.

## II. La décision contestée

[15] Devant la Cour fédérale, l'intimé a soulevé deux questions préliminaires. Premièrement, le procureur général a affirmé que l'appelante n'avait pas qualité pour présenter les deux demandes de contrôle judiciaire, puisque les questions centrales n'étaient pas des questions susceptibles de ne jamais être soumises aux tribunaux, et qu'elles auraient pu être présentées par une partie plus directement touchée par ces questions. Deuxièmement, l'intimé a soutenu que le guide jurisprudentiel sur l'Inde (et, par la suite, celui sur la Chine) ne devrait plus faire partie de la demande présentée dans le dossier IMM-3433-17 [*Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* (14 novembre 2017)], dans la mesure où la question de sa validité était devenue théorique compte tenu de sa révocation.

[16] En ce qui concerne la question de la qualité pour agir dans l'intérêt public, la Cour a jugé que la question était devenue *res judicata* en ce qui concernait le dossier IMM-3433-17, dans la mesure où une requête en vue de radier l'appelante en tant que partie à l'instance avait été rejetée par une ordonnance interlocutoire du protonotaire Aalto. L'intimé n'était pas autorisé à faire appel de la décision aux termes de l'alinéa 72(2)e) de la LIPR, mais a soutenu que l'alinéa 74d) de la LIPR permettrait d'interjeter appel de la décision du protonotaire Aalto si la Cour fédérale certifiait une question grave de portée générale dans le jugement définitif à l'égard de la demande connexe. Invoquant l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Edwards*, 2005 CAF 176 (arrêt *Edwards*), la Cour fédérale a rejeté cet argument et a conclu que l'appel visé par l'alinéa 74d) est un appel du jugement rendu à l'égard de la demande de contrôle judiciaire, et non concernant des questions interlocutoires. La Cour fédérale a également rejeté l'argument présenté par l'intimé selon lequel une



and divisible judicial act, this Court having explicitly dismissed that argument in *HD Mining International Ltd. v. Construction and Specialized Worker Union, Local 1611*, 2012 FCA 327, 442 N.R. 325 (*HD Mining*). CARL having been granted standing in IMM-3433-17, also ought to be granted standing in IMM-3373-18.

[17] On the issue of mootness, the Federal Court found that the China Guide, though it had been revoked, could still be a factor in ongoing litigation concerning past refugee decisions in which the China Guide was followed. The same reasoning would presumably apply to India. In any event, the Chief Justice determined that the factors to be considered in exercising his discretion to address the China JG in spite of the matter being moot, as set out in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231, weighed in favour of doing so. Specifically, the ongoing adversarial relationship between the parties, judicial economy and the public interest in resolving the uncertainty regarding those issues were of particular relevance, in his view.

[18] Turning next to the substantive issues, the Chief Justice first considered whether the Chairperson had the authority to issue JGs on questions of fact. Applying the standard of reasonableness, he found that it was not unreasonable for the Chairperson to have implicitly interpreted paragraph 159(1)(h) of the IRPA as conferring upon him the authority to issue JGs on factual determinations. The Chief Justice first noted that, in light of the plain wording of the provision, the Chairperson's authority was not formally restricted to the issuance of JGs on issues of law or mixed fact and law. Such a reading was supported, in his view, by the legislative history and stated purpose of that provision, and by the purpose identified by the Chairperson, all of which reflected an intent both to enhance consistency in decision making, while at the same time facilitating more focused hearings and reasons.

décision relative à la qualité pour agir constitue un acte judiciaire distinct et divisible, notre Cour ayant explicitement rejeté cet argument dans l'arrêt *HD Mining International Ltd. c. Construction and Specialized Workers Union, section locale 1611*, 2012 CAF 327 (arrêt *HD Mining*). Comme l'ACAADR s'est vu reconnaître la qualité pour agir dans le dossier IMM-3433-17, elle devrait aussi obtenir qualité pour agir dans le dossier IMM-3373-18.

[17] Concernant le caractère théorique d'une question en litige, la Cour fédérale a conclu que le guide sur la Chine, même s'il avait été révoqué, pourrait toujours constituer un facteur pertinent dans des litiges en cours concernant d'anciennes décisions rendues au sujet de demandes d'asile pour lesquelles le guide sur la Chine a été utilisé. Le même raisonnement pourrait sans doute s'appliquer à l'Inde. Quoi qu'il en soit, le juge en chef a estimé que les facteurs à prendre en compte pour exercer son pouvoir discrétionnaire d'aborder le guide jurisprudentiel sur la Chine jouaient en faveur de le faire, même si la question est devenue théorique, comme on l'a souligné dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342. Plus précisément, le rapport contradictoire continu entre les parties, les considérations relatives à l'économie des ressources judiciaires, et l'intérêt du public à résoudre l'incertitude persistante concernant ces questions, étaient particulièrement pertinents, à son avis.

[18] Le juge en chef est ensuite passé aux questions en litige, et s'est d'abord demandé si le président avait le pouvoir de désigner des guides jurisprudentiels sur des questions de fait. Appliquant la norme de la décision raisonnable, il a conclu qu'il n'était pas déraisonnable pour le président d'avoir implicitement interprété l'alinéa 159(1)(h) de la LIPR comme lui conférant le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels relativement à des questions de fait. Le juge en chef a souligné d'abord qu'à la lumière du libellé clair de la disposition, le pouvoir du président ne se limitait pas expressément à la publication de guides jurisprudentiels sur des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait. À son avis, l'historique législatif et l'objet énoncé de cette disposition, de même que l'objectif défini par le président, qui traduisaient tous une intention d'améliorer la cohérence du



[19] Regarding the statutory context, the Chief Justice saw in paragraph 159(1)(g) and subsection 162(2), which respectively set forth the Chairperson's broad authority and the Board's general objective, further support for the authority to issue JGs that include factual determinations. He also noted that the difficulty to distinguish between issues of fact and issues of mixed fact and law, and the fact that findings on the latter cannot be made without first making findings on the former, favoured the implicit interpretation given by the Chairperson to paragraph 159(1)(h).

[20] Finally, he rejected CARL's argument that the term "jurisprudential guide" cannot be interpreted as contemplating a guide on issues of fact because the term "jurisprudence" refers to legal principles only and does not encompass factual findings. While not disputing that factual disputes must be determined on their merits in each case, the Federal Court expressed the view that the ordinary meaning of the term "jurisprudence" contemplates decisions issued by a court in respect of both factual issues and issues of law and of mixed fact and law.

[21] The next substantive issue examined by the Federal Court was CARL's submission that the four JGs at issue unlawfully fettered the discretion of the Board members. On that issue, the Chief Justice declined to determine whether the standard of review was that of correctness or reasonableness because, in any case, fettering of a decision maker's discretion is *per se* unreasonable. He then summarized the requirements of adjudicative independence, which at its root means that judges and quasi-judicial decision makers must be at liberty to hear and decide cases without interference. Relying on *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, 73 O.R. (2d) 676 (*Consolidated-Bathurst*) and *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221 (*Ellis-Don*), he stated [Reasons, at paragraphs 93 and 95]:

processus décisionnel tout en facilitant des audiences et des motifs plus ciblés, soutenaient cette interprétation.

[19] Concernant le contexte législatif, le juge en chef était d'avis que l'alinéa 159(1)g) et le paragraphe 162(2), qui énoncent respectivement le vaste pouvoir du président et l'objectif général de la Commission, soutenaient l'idée que le président a le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels portant sur des questions de fait. Il a également souligné que le fait qu'il soit difficile de faire la distinction entre les questions de fait et les questions mixtes de fait et de droit, de même que le fait qu'il soit impossible de tirer des conclusions sur des questions mixtes de fait et de droit sans d'abord tirer des conclusions sur des questions de fait, favorisaient l'interprétation implicite faite par le président de l'alinéa 159(1)h).

[20] Enfin, il a rejeté l'argument de l'ACAADR selon lequel l'expression « guide jurisprudentiel » ne pouvait être interprétée comme un guide sur des questions de fait parce que le terme « jurisprudence » renvoie à des principes juridiques et n'englobe pas les conclusions de fait. Même si elle ne contestait pas l'idée que les différends factuels doivent être réglés selon le bien-fondé de chaque affaire, la Cour fédérale a affirmé que le sens ordinaire du terme « jurisprudence » englobait les décisions rendues par une cour concernant des questions factuelles, ainsi que des questions de droit et des questions mixtes de fait et de droit.

[21] La Cour fédérale est ensuite passée à la deuxième question en litige et s'est penchée sur la question de savoir si les quatre guides jurisprudentiels contestés ont entravé illégalement le pouvoir discrétionnaire des commissaires. Sur ce point, le juge en chef a refusé de trancher la question de savoir si la norme de contrôle était celle de la décision correcte ou de la décision raisonnable parce que, dans un cas comme dans l'autre, toute entrave au pouvoir discrétionnaire d'un décideur est en soi déraisonnable. Il a ensuite résumé les principes d'indépendance décisionnelle, laquelle à la base signifie que les juges et décideurs quasi judiciaires doivent être entièrement libres d'entendre et de juger les affaires qui leur sont soumises sans ingérence. Invoquant l'arrêt *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282 (arrêt *Consolidated-Bathurst*), et l'arrêt *Ellis-Don*

*Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, 2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221 (arrêt *Ellis-Don*), il a affirmé ce qui suit [motifs, aux paragraphes 93 et 95] :

Put differently, in the administrative law context, it can be entirely appropriate to embrace tools such as guidelines to influence, *in a general way*, the manner in which decisions are reached. In this regard, a legitimate type of general influence can include identifying factors, sources of information, and even particular information that can be helpful to consider. Indeed, I consider it to be permissible to go further and encourage such information to be taken into account, so long as it is made clear that decision makers remain completely free to reach their own conclusions, based on the facts of each particular case.

...

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

[22] Applying these principles to each of the JGs, the Chief Justice found that the Nigeria JG did not unlawfully fetter Board members' discretion to make their own factual findings or improperly constrain their freedom to decide cases that may come before them, given how it was made abundantly clear that each claim was to be decided on its particular facts.

[23] The same could not be said, in his view, of the JGs pertaining to Pakistan, India and China. In all of these cases, the Chief Justice found that the facts that are specific to the particular claimant do not pose a potential problem nor do the facts that are characterized as having been reported in the country documentation. The former are unique to the refugee claimant, and the latter are not presented as factual findings made by the RPD or

En d'autres termes, dans le contexte du droit administratif, il peut être tout à fait approprié d'utiliser des outils tels que des directives pour influencer *de manière générale* sur la façon dont les décisions sont prises. À cet égard, un type légitime d'influence générale peut inclure l'identification de facteurs, de sources de renseignements et même de renseignements particuliers qui pourront être utiles à prendre en compte. En effet, j'estime qu'il est permis d'aller plus loin et d'encourager la prise en compte de tels renseignements, dans la mesure où il est clairement indiqué que les décideurs restent entièrement libres de tirer leurs propres conclusions, sur le fondement des faits propres à chaque affaire.

[...]

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

[22] Appliquant ces principes à chacun des guides jurisprudentiels, le juge en chef a conclu que le guide jurisprudentiel sur le Nigéria n'entravait pas illicitement le pouvoir discrétionnaire des commissaires, ni ne restreignait indûment leur liberté de statuer sur les affaires dont ils sont saisis, étant donné qu'il est très clair que chaque affaire doit être tranchée en fonction de ses faits particuliers.

[23] À son avis, il n'en allait pas de même pour les guides jurisprudentiels sur le Pakistan, l'Inde et la Chine. Dans tous ces cas, le juge en chef a conclu que les faits qui sont propres au demandeur en particulier ne posaient pas de problème potentiel, pas plus que les faits caractérisés comme ayant été rapportés dans la documentation sur le pays en cause. Les premiers sont propres au demandeur d'asile, et les derniers ne sont pas présentés

the RAD, but rather as information in the country documentation that was relevant and that should be taken into account in future cases. It is the facts that are presented as the RAD's own findings on issues that go beyond the evidence specific to the claimant that were considered more problematic. In the Chief Justice's view, the statement of expectations in the policy notes that accompanied the issuance of these three JGs, by which "RPD and RAD members are expected to apply [JGs] in cases with similar facts or provide reasoned justifications for not doing so", are troubling. At the very least, some Board members would not feel completely free to decide cases with similar facts according to their own conscience, and some members of the public would likely have a reasonable apprehension that those members of the Board would feel pressured and would therefore not be entirely impartial. As the Chief Justice stated [at paragraph 141]:

.... It is the imposition of this expectation [to apply the JGs] and corresponding obligation to justify a decision to not follow the JG in cases with similar facts that gives rise to the improper pressure on Board members to adopt the factual determinations made by the RAD ... as their own. This is particularly so given the extent to which the communication of this expectation has been repeated, and the absence of any clear statement that each case must be decided based on its specific facts.

[24] It bears noting that in the Chief Justice's opinion, encouraging Board members to take the JGs into account or to follow them in cases with similar facts would be entirely legitimate, "so long as it was also made very clear that they are completely free to depart from the JG based on the particular facts of the case before them" (Reasons, at paragraph 142).

[25] The third issue in dispute before the Federal Court was whether the impugned JGs unfairly enhanced the

comme des conclusions de fait tirées par la Section de la protection des réfugiés ou la Section d'appel des réfugiés, mais plutôt comme des renseignements tirés de la documentation sur le pays qui étaient pertinents et qui devraient être pris en compte dans de futures décisions. Ce sont les faits présentés comme constituant les propres conclusions de la Section d'appel des réfugiés, sur des questions allant au-delà des éléments de preuve propres au demandeur, qui ont été jugés plus problématiques. De l'avis du juge en chef, la déclaration d'attente formulée dans les notes de politique qui accompagnaient la publication de ces trois guides jurisprudentiels, selon laquelle « les commissaires de la [Section de la protection des réfugiés] et de la [Section d'appel des réfugiés] doivent appliquer les guides jurisprudentiels aux cas comportant des faits semblables ou justifier leur décision de s'en écarter, le cas échéant », est troublante. À tout le moins, certains commissaires ne se sentiraient pas tout à fait libres de trancher des affaires comportant des faits semblables selon leur propre conscience, et une partie du public pourrait raisonnablement craindre que certains commissaires se sentent ainsi soumis à des pressions et ne soient donc pas totalement impartiaux. Le juge en chef a affirmé ce qui suit [au paragraphe 141] :

[...] Imposer cette attente [soit d'appliquer les guides jurisprudentiels] et l'obligation correspondante de justifier une décision de ne pas suivre le guide jurisprudentiel dans des affaires comportant des faits semblables entraîne la pression indue exercée sur les commissaires d'adopter les déterminations factuelles établies par la Section d'appel des réfugiés [...] comme étant les leurs. C'est d'autant plus vrai compte tenu de la mesure dans laquelle la communication de cette attente a été répétée et de l'absence de déclaration claire indiquant que chaque affaire doit être tranchée en fonction de ses faits précis.

[24] Il convient de souligner que, selon le juge en chef, encourager les commissaires à prendre en compte les guides jurisprudentiels, ou à les suivre dans les affaires comportant des faits semblables, serait entièrement légitime, « à condition qu'il soit aussi clairement indiqué qu'ils sont totalement libres de s'écarter du guide jurisprudentiel sur la foi des faits particuliers de l'affaire dont ils sont saisis » (motifs, au paragraphe 142).

[25] La troisième question en litige soumise à la Cour fédérale concernait la question de savoir si les guides

burden of proof for applicants for refugee protection. To the extent that the problem relates to the statement of expectation made in the policy notes with respect to the factual findings that go beyond the facts specific to a refugee claimant, the Court considered that this argument is just another way to say that the impugned JGs unlawfully fetter the discretion of the Board members. Apart from that specific problem, the Court found that any increase in the burden that claimants for refugee protection may face as a result of having to buttress their narrative to deal with facts referenced from the Board's NDP is not unfair. By providing the Chairperson the authority to issue JGs, Parliament must be understood to have recognized, by necessary implication, the authority to reference country documentation and other objective sources in a JG.

[26] With regard to the issue of whether the Chairperson was required to engage in external consultation before identifying the decisions in question as JGs, I need not say much as this aspect of the Federal Court decision has not been appealed. Suffice it to say that the Federal Court quickly disposed of that argument by referring to paragraph 159(1)(h), according to which the Chairperson is given the authority to identify decisions of the Board as JGs "after consulting with the Deputy Chairpersons". This provision, in the Court's view, could reasonably be interpreted as implicitly indicating that consultation with any other persons or organizations was not considered to be required by Parliament.

[27] The last issue to be decided by the Federal Court had to do with the Nigeria JG. CARL submitted that the decision in respect of which the Nigeria JG was identified was impermissibly pre-selected to be the subject of a JG before it was finally decided, thereby contravening paragraph 159(1)(h) and compromising the independence of the refugee determination process. The Federal Court disagreed, and held, on a standard of reasonableness, that there was no evidence to suggest that the Chairperson

jurisprudentiels contestés rehaussaient injustement le fardeau de la preuve imposé aux demandeurs d'asile. Dans la mesure où le problème concerne la déclaration d'attente formulée dans les notes de politique, relativement aux conclusions de fait qui vont au-delà des faits qui sont propres à un demandeur d'asile, la Cour a jugé que cet argument était simplement un autre moyen d'affirmer que les guides jurisprudentiels contestés entravent illicitement le pouvoir discrétionnaire des commissaires. Exception faite de ce problème bien précis, la Cour a conclu que l'alourdissement du fardeau imposé aux demandeurs d'asile en raison de la nécessité d'étayer leur exposé des faits pour tenir compte des faits présentés dans le cartable national de documentation de la Commission n'était pas injuste. Il faut comprendre qu'en conférant au président le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels, le législateur l'a implicitement autorisé à faire référence à la documentation sur la situation du pays en cause et à d'autres sources objectives dans les guides jurisprudentiels.

[26] En ce qui concerne la question de savoir si le président avait l'obligation d'entreprendre des consultations auprès d'intervenants externes avant de désigner les décisions en question comme des guides jurisprudentiels, il n'est pas nécessaire que je m'y attarde, puisque cet aspect de la décision de la Cour fédérale n'a pas été remis en question en appel. Il suffit de dire que la Cour fédérale a rapidement rejeté cet argument en invoquant l'alinéa 159(1)h, selon lequel le président a le pouvoir de préciser les décisions de la Commission qui serviront de guide jurisprudentiel « après consultation des vice-présidents ». De l'avis de la Cour, cette disposition pouvait raisonnablement être interprétée comme indiquant implicitement que le législateur a considéré qu'aucune autre consultation n'était nécessaire.

[27] La dernière question que devait trancher la Cour fédérale concernait le guide jurisprudentiel sur le Nigéria. L'ACAADR a allégué que la décision désignée pour servir de guide jurisprudentiel sur le Nigéria avait été présélectionnée de façon inadmissible pour faire l'objet d'un guide jurisprudentiel avant d'être finalement rendue, contrevenant ainsi à l'alinéa 159(1)h et compromettant l'indépendance du processus de détermination du statut de réfugié. La Cour fédérale n'était pas de cet avis, et a

had *de facto* designated the decision in question as a JG before the issuance of that decision. The Court further found that there was no evidence that the concerned Board member's impartiality had been undermined by exchanges preceding the finalization of the decision, or that any of the principles established in *Consolidated-Bathurst* had been breached as a result of the exchanges that took place internally in relation to the Nigeria JG.

### III. Issues

[28] As previously mentioned, the Federal Court certified two questions, one pertaining to the Chairperson's authority to issue JGs on factual determinations under paragraph 159(1)(h) of the IRPA, and the other pertaining to the alleged unlawful interference with the Board members' discretion. While the certification of these questions served a "triggering" function by which the appeal was permitted (*Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909 (*Kanthasamy*), at paragraph 44), this Court is not restricted to their determination and may further consider any issues affecting the validity of the judgment under appeal. The case law establishing this principle has been well summarized in *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344, at paragraph 50:

Once an appeal has been brought to this Court by way of certified question, this Court must deal with the certified question and all other issues that might affect the validity of the judgment under appeal .... The certification of a question "is the trigger by which an appeal is justified" and, once triggered, the appeal concerns "the judgment itself, not merely the certified question" .... Simply put, "once a case is to be considered by the Federal Court of Appeal, that Court is not restricted only to deciding the question certified"; instead, the Court may "consider all aspects of the appeal before it" ....

[29] In my view, and taking into account the parties' submissions, this appeal and this cross-appeal raise four

conclu, en s'appuyant sur la norme de la décision raisonnable, qu'il n'existait aucun élément de preuve indiquant que le président ait décidé dans les faits de désigner la décision en question en tant que guide jurisprudentiel avant le prononcé de la décision. La Cour fédérale a de plus conclu qu'il n'existait aucun élément de preuve montrant que l'impartialité de la commissaire concernée avait été minée par des échanges ayant précédé le prononcé de la décision, ou que l'un ou l'autre des principes établis dans l'arrêt *Consolidated-Bathurst* avait été enfreint à la suite des échanges ayant eu lieu à l'interne à propos du guide jurisprudentiel sur le Nigéria.

### III. Questions en litige

[28] Comme je l'ai mentionné précédemment, la Cour fédérale a certifié deux questions, l'une concernant le pouvoir du président, aux termes de l'alinéa 159(1)(h) de la LIPR, de publier des guides jurisprudentiels comprenant des déterminations factuelles, et l'autre concernant l'entrave illicite alléguée au pouvoir discrétionnaire des commissaires. Même si la certification de ces questions a permis de « justifier » l'autorisation de l'appel (*Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909 (arrêt *Kanthasamy*), au paragraphe 44), notre Cour n'a pas à se limiter à ces questions, et peut prendre en considération toute question pouvant influencer sur la validité du jugement dont il est fait appel. La jurisprudence établissant ce principe a été bien résumée dans l'arrêt *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344, au paragraphe 50 :

Dès qu'un appel est présenté à la Cour par le biais d'une question certifiée, la Cour doit traiter de la question certifiée et de toutes les autres questions en litige qui pourraient avoir une incidence sur la validité du jugement dont il est fait appel [...] Sans la certification d'une question, « l'appel ne serait pas justifié » et, une fois la question certifiée, l'appel concerne « le jugement lui-même, et non simplement la question certifiée » [...] En termes simples, « lorsque la Cour d'appel fédérale doit examiner une affaire, elle n'est pas tenue de trancher uniquement la question certifiée »; la Cour peut plutôt « examiner tous les aspects de l'appel dont elle a été saisie » [...]

[29] À mon avis, et en tenant compte des observations des parties, le présent appel et son appel incident

issues, two of which consist of the certified questions. They can be formulated as follows:

- A. Does the appellant have the requisite public interest standing?
- B. Does the Chairperson of the I.R.B. have the authority pursuant to paragraph 159(1)(h) of the IRPA to issue JGs that include factual determinations?
- C. Do the JGs that the Chairperson issued with respect to Nigeria, Pakistan, India, and China unlawfully fetter the discretion of members of the RPD and the RAD to make their own factual findings, or improperly encroach upon their adjudicative independence?
- D. Does the cumulative effect of the facts and context surrounding the promulgation of the Nigeria JG give rise to a reasonable apprehension of bias?

#### IV. Standard of review

[30] The parties are broadly in agreement with respect to the applicable standard of review. It is now well established that, on appeal from a decision of the Federal Court sitting in judicial review of an administrative decision, this Court must “step[ping] into the shoes” of the Federal Court, and determine whether it appropriately selected and properly applied the standard of review: *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 45–47. When, however, the Federal Court makes findings of fact or mixed fact and law on the basis of the evidence before it, rather than on a review of the administrative decision, it is the appeal framework developed in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 (*Housen*) that applies: *Apotex Inc. v. Canada (Health)*, 2018 FCA 147, 15 C.P.R. (4th) 289, at

soulèvent quatre questions, dont deux reprennent les questions certifiées. Elles peuvent être formulées de la façon suivante :

- A. L’appelante a-t-elle qualité pour agir dans l’intérêt public?
- B. Le président de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a-t-il le pouvoir, aux termes de l’alinéa 159(1)h) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, de publier des guides jurisprudentiels comprenant des déterminations factuelles?
- C. Les guides jurisprudentiels que le président a publiés sur le Nigéria, le Pakistan, l’Inde et la Chine constituent-ils une entrave illicite au pouvoir discrétionnaire des membres de la Section de la protection des réfugiés et de la Section d’appel des réfugiés de tirer leurs propres conclusions de fait, ou portent-ils indûment atteinte à leur indépendance décisionnelle?
- D. L’effet cumulé des faits et du contexte entourant la promulgation du guide jurisprudentiel sur le Nigéria donne-t-il ouverture à une crainte raisonnable de partialité?

#### IV. Norme de contrôle

[30] Les parties s’entendent dans l’ensemble sur la norme de contrôle applicable. Il est maintenant bien établi que, lors d’un appel d’une décision de la Cour fédérale saisie d’une demande de contrôle judiciaire d’une décision administrative, notre Cour doit se mettre « “à la place” » de la Cour fédérale, et déterminer si elle a employé la norme de contrôle appropriée et si elle l’a appliquée correctement : *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 45 à 47. Toutefois, lorsque la Cour fédérale tire des conclusions de fait ou des conclusions mixtes de fait et de droit en s’appuyant sur les éléments de preuve qui lui ont été présentés, plutôt que sur un examen de la décision administrative, c’est la norme de contrôle en appel consacrée dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 (arrêt



paragraphs 57–58; *Oceanex Inc. v. Canada (Transport)*, 2019 FCA 250, 439 D.L.R. (4th) 159, at paragraph 18.

[31] Applying this matrix, I am of the view that the first question pertaining to the Federal Court’s finding with respect to the question of standing is to be reviewed on the *Housen* standard. This is clearly a decision made by the Federal Court, not the administrative decision maker: *Budlakoti v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FCA 139, 35 Imm. L.R. (4th) 1, at paragraphs 37–39; *Canada (Attorney General) v. Rapiscan Systems, Inc.*, 2015 FCA 96, 385 D.L.R. (4th) 170, at paragraph 21. Since the decision to grant CARL standing is clearly a question of mixed fact and law, it ought to be reviewed on the standard of palpable and overriding error.

[32] On the second issue relating to the authority of the Chairperson to issue JGs that include factual determinations, the Federal Court properly applied the reasonableness standard. Although determined by the Chief Justice with reference to *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230, the applicable standard of review is still that of reasonableness under the framework laid out by the Supreme Court in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*). Indeed, the Supreme Court stated that when reviewing an administrative decision, a court “should start with the presumption that the applicable standard of review for all aspects of that decision will be reasonableness” (*Vavilov*, at paragraph 25).

[33] The same standard of reasonableness applies to the issues of consultation and pre-selection of the Nigeria JG. Both of these issues turn on the Chairperson’s interpretation of his home statute. The presumption of reasonableness review in such cases was already well established in cases such as *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraph 30; *Mouvement laïque québécois v.*

*Housen*), qui s’applique : *Apotex Inc. c. Canada (Santé)*, 2018 CAF 147, aux paragraphes 57 à 58; *Oceanex Inc. c. Canada (Transport)*, 2019 CAF 250, au paragraphe 18.

[31] Selon cette matrice, je suis d’avis que la première question portant sur la conclusion de la Cour fédérale sur la question de la qualité pour agir doit être examinée selon la norme de contrôle consacrée dans l’arrêt *Housen*. Il s’agit clairement d’une décision rendue par la Cour fédérale, et non par le décideur administratif : *Budlakoti c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CAF 139, aux paragraphes 37 à 39; *Canada (Procureur général) c. Rapiscan Systems, Inc.*, 2015 CAF 96, au paragraphe 21. Comme la décision d’octroyer à l’ACAADR la qualité pour agir est clairement une question mixte de droit et de fait, elle doit être examinée selon la norme de l’erreur manifeste et dominante.

[32] En ce qui concerne la deuxième question portant sur le pouvoir du président de publier des guides jurisprudentiels comprenant des déterminations factuelles, la Cour fédérale a correctement appliqué la norme de la décision raisonnable. Même si le juge en chef a sélectionné la norme applicable en faisant référence à l’arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230, c’est quand même la norme de la décision raisonnable qui s’applique selon le cadre énoncé par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 (arrêt *Vavilov*). En effet, la Cour suprême a affirmé que, chaque fois qu’une cour examine une décision administrative, « elle doit partir de la présomption que la norme de contrôle applicable à l’égard de tous les aspects de cette décision est celle de la décision raisonnable » (arrêt *Vavilov*, au paragraphe 25).

[33] La même norme de la décision raisonnable s’applique aux questions relatives aux consultations et à la pré-sélection touchant le guide jurisprudentiel sur le Nigéria. Ces questions concernent l’interprétation que fait le président de sa loi constitutive. La présomption selon laquelle la norme de la décision raisonnable s’applique dans de tels cas était déjà bien établie dans la jurisprudence : voir *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3

*Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at paragraph 46; and *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293, at paragraph 22, and was reiterated in *Vavilov* (at paragraph 25).

[34] As for the issue raised by the second certified question (the third issue before this Court), the Federal Court stated that it was unnecessary to determine whether the applicable standard of review was that of correctness or reasonableness. In so doing, the Court pointed to the fact that fettering of a decision maker's discretion is *per se* unreasonable and relied for that proposition on *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710, at paragraphs 23–24 and *Danyi v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FC 112, at paragraph 19.

[35] Neither *Vavilov* nor, for that matter, *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, have addressed the standard for determining whether the decision maker complied with the duty of procedural fairness. In those circumstances, I prefer to rely on the long line of jurisprudence, both from the Supreme Court and from this Court, according to which the standard of review with respect to procedural fairness remains correctness: see *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502, at paragraph 79; *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 198, [2008] 1 F.C.R. 385 (*Thamotharem*), at paragraph 33; *Re:Sound v. Fitness Industry Council of Canada*, 2014 FCA 48, [2015] 2 F.C.R. 170, at paragraph 34; *Wsáneć School Board v. British Columbia*, 2017 FCA 210, [2018] 4 C.N.L.R. 295, at paragraphs 22–23; *Johnny v. Adams Lake Indian Band*, 2017 FCA 146, at paragraph 19; *Therrien v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 14, 24 Admin. L.R. (6th) 46, at paragraph 2; *El-Helou v. Canada (Courts Administration Service)*, 2016 FCA 273, at paragraph 43; *Arsenault v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 179, 11 Admin. L.R. (6th) 187, at paragraph 11; *Henri v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 38, 395 D.L.R. (4th) 176, at paragraph 16; *Abi-Mansour v. Canada (Foreign Affairs and International Trade Canada)*, 2015 FCA 135, at

R.C.S. 654, au paragraphe 30; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, au paragraphe 46; et *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293, au paragraphe 22; elle a été réitérée dans l'arrêt *Vavilov* (au paragraphe 25).

[34] Quant à la question en litige soulevée dans la deuxième question certifiée (la troisième question en litige dont notre Cour est saisie), la Cour fédérale a affirmé qu'il n'était pas nécessaire de déterminer si la norme applicable était celle de la décision correcte ou de la décision raisonnable. Ce faisant, la Cour fédérale a souligné le fait que toute entrave au pouvoir discrétionnaire d'un décideur est en soi déraisonnable, en s'appuyant sur l'arrêt *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299, aux paragraphes 23 et 24, et la décision *Danyi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CF 112, au paragraphe 19.

[35] Ni l'arrêt *Vavilov* ni, à ce sujet, l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, n'ont abordé la question de la norme applicable pour déterminer si le décideur a respecté l'obligation d'équité procédurale. Dans ces circonstances, je préfère m'en remettre à l'abondante jurisprudence, de la Cour suprême et de notre Cour, selon laquelle la norme de contrôle concernant l'équité procédurale demeure celle de la décision correcte : voir *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502, au paragraphe 79; *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 198, [2008] 1 R.C.F. 385 (arrêt *Thamotharem*), au paragraphe 33; *Ré:Sonne c. Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada*, 2014 CAF 48, [2015] 2 R.C.F. 170, au paragraphe 34; *Wsáneć School Board c. Colombie-Britannique*, 2017 CAF 210, aux paragraphes 22 et 23; *Johnny c. Bande indienne d'Adams Lake*, 2017 CAF 146, au paragraphe 19; *Therrien c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 14, au paragraphe 2; *El-Helou c. Service administratif des tribunaux judiciaires*, 2016 CAF 273, au paragraphe 43; *Arsenault c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 179, au paragraphe 11; *Henri c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 38, au paragraphe 16; *Abi-Mansour c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2015 CAF 135, au

paragraph 6; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121, at paragraphs 33–56. In fact, it is not at all clear to me why we keep assessing procedural fairness within the framework of judicial review, considering that it goes to the manner in which a decision is made rather than to the substance of the decision, as Justice Binnie aptly observed in *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539, at paragraph 102. What matters, at the end of the day, is whether or not procedural fairness has been met.

## V. Analysis

### A. *Does the appellant have the requisite public interest standing?*

[36] In its memorandum of fact and law, the respondent devotes only one paragraph to this issue, and merely reiterates its position before the Federal Court that CARL lacked the requisite public interest standing without setting out how the Court below erred, or adducing any new arguments in support of its thesis. At the hearing, the respondent appeared to accept the authority of *Edwards* and *HD Mining* for the proposition that questions of standing are matters arising under the IRPA and cannot be challenged on judicial review because of the constraints imposed by section 72 of that legislation.

[37] In any event, I am of the view that it is very late in the day to challenge CARL's standing to bring applications for judicial review questioning the legality of the impugned JGs. Moreover, the Prothonotary provided cogent reasons to grant standing, and the respondent has failed to show any reviewable error in the Federal Court's reasoning that could justify interfering with its decision to the effect that the Prothonotary's decision could not be appealed.

paragraphe 6; *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121, aux paragraphes 33 à 56. En fait, la raison pour laquelle nous continuons d'évaluer les questions touchant l'équité procédurale dans le cadre du contrôle judiciaire n'est pas claire pour moi, étant donné que l'équité procédurale concerne la manière avec laquelle une décision a été rendue, plutôt que l'essence de la décision, comme l'a à juste titre observé le juge Binnie dans l'arrêt *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539, au paragraphe 102. Ce qui importe, en fin de compte, c'est de savoir si l'équité procédurale a été respectée ou non.

## V. Discussion

### A. *L'appelante a-t-elle qualité pour agir dans l'intérêt public?*

[36] Dans son mémoire des faits et du droit, l'intimé ne consacre qu'un paragraphe à cette question, et répète simplement la thèse qu'il avait défendue devant la Cour fédérale, soit que l'ACAADR n'a pas qualité pour agir dans l'intérêt public, sans préciser quelle erreur la Cour a commise, ou sans ajouter de nouveaux arguments appuyant sa thèse. À l'audience, l'intimé a semblé accepter que les arrêts *Edwards* et *HD Mining* fassent autorité concernant la proposition selon laquelle les questions touchant la qualité pour agir relèvent de la LIPR et ne peuvent être attaquées lors d'un contrôle judiciaire, en raison des contraintes imposées par l'article 72 de cette même loi.

[37] Quoi qu'il en soit, je suis d'avis qu'il est trop tard pour affirmer que l'ACAADR n'avait pas qualité pour déposer des demandes de contrôle judiciaire visant la légitimité des guides jurisprudentiels contestés. Qui plus est, le protonotaire a fourni des motifs impérieux justifiant son octroi de la qualité pour agir, et l'intimé n'a pu démontrer une erreur susceptible de révision dans le raisonnement de la Cour fédérale qui pourrait justifier de modifier sa décision, selon laquelle il n'était pas possible de faire appel de la décision du protonotaire.

B. *Does the Chairperson of the I.R.B. have the authority pursuant to paragraph 159(1)(h) of the IRPA to issue JGs that include factual determinations?*

[38] Paragraph 159(1)(h) of the IRPA provides as follows:

**Chairperson**

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

...

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

[39] The appellant contends that the Chairperson’s implicit interpretation of paragraph 159(1)(h) as conferring upon him the authority to issue JGs on factual determinations is unreasonable in two respects. First, such reading of the provision is unsupported, says the appellant, by basic principles of statutory interpretation. Second, the Chairperson’s reasons appear to be internally inconsistent, given that the policy on which he relied in the first place is circumscribed to the issuance of JGs on questions of law and mixed fact and law.

[40] Referring to the text of paragraph 159(1)(h), the appellant reiterates that the term “jurisprudential” cannot plausibly be interpreted as contemplating guidance on factual issues, because “jurisprudence” consists of case law establishing legal precedents.

[41] Turning to the purpose of paragraph 159(1)(h), the appellant first argues that promotion of consistency in administrative decision making, which lies at the heart of the provision, is understood to be in relation to questions of law and policy, and that nothing in the

B. *Le président de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a-t-il le pouvoir, aux termes de l’alinéa 159(1)h) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, de publier des guides jurisprudentiels comprenant des déterminations factuelles?*

[38] L’alinéa 159(1)h) de la LIPR est rédigé en ces termes :

**Fonctions**

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

[...]

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

[39] L’appelante soutient que l’interprétation que fait implicitement le président de l’alinéa 159(1)h) comme lui conférant le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels comprenant des déterminations factuelles est déraisonnable pour deux raisons. Premièrement, selon l’appelante, les principes de base de l’interprétation des lois n’appuient pas une telle interprétation de la disposition. Deuxièmement, les motifs du président semblent contenir des incohérences internes, étant donné que la politique sur laquelle il s’appuie en premier lieu se limite à la publication de guides jurisprudentiels sur des questions de droit et des questions mixtes de droit et de fait.

[40] Invoquant le libellé de l’alinéa 159(1)h), l’appelante répète que le terme « jurisprudentiel » ne peut être interprété de manière plausible comme visant des directives sur des questions de fait, parce que le terme « jurisprudence » concerne des précédents juridiques établis.

[41] En ce qui concerne l’objet de l’alinéa 159(1)h), l’appelante soutient d’abord que la promotion de la cohérence au sein du processus décisionnel administratif, qui est au cœur de la disposition, touche les questions de droit et de politique, et que rien dans les discussions

debates surrounding the adoption of the IRPA suggests otherwise. While the provision contains no express and unequivocal language ousting principles of natural justice, the Chairperson's reading of paragraph 159(1)(h), argues the appellant, is to this effect. In making this second submission, the appellant essentially relies on the cases of *Consolidated-Bathurst* and *Ellis-Don* which, in its view, must be read as preventing an institutionalized decision maker to influence a panel member's findings of fact, and therefore as prohibiting findings of fact to be part of the Board's JGs. In my view, this interpretation of *Consolidated-Bathurst* and *Ellis-Don* is entirely without merit, as I will endeavour to show in the next section of these reasons. Finally, the appellant submits that guidance on constantly changing country conditions, for which there is no central database, inevitably leads to imperfect and necessarily delayed monitoring, as well as to eventual revocation of JGs after they have been relied upon in numerous cases.

[42] As part of its submissions on the first certified question, the appellant also takes issue with the Chairperson's reliance on the Board's *Policy on the Use of Jurisprudential Guides*, Policy No. 2003-01 (as amended December 2016) in its formal designation of the JGs. The policy states that "[a] decision may be identified as a [JG] on either a question of law or a question of mixed law and fact", yet the Chairperson's decision goes well beyond and concerns questions of fact. In the appellant's view, the Chairperson's reasons are internally inconsistent, and for that reason the decision to issue the impugned JGs on factual determinations is unreasonable.

[43] I am unable to agree with the appellant's submissions. On the contrary, I find that the Court properly found that the Chairperson had the authority to issue JGs on issues of fact in accordance with the plain words of the statutory provision. The Chairperson implicitly interpreted paragraph 159(1)(h) as conferring upon him the

entourant l'adoption de la LIPR ne laisse croire autre chose. L'appelante soutient que, même si la disposition ne contient pas de termes explicites et sans équivoque supplantant les principes de justice naturelle, l'interprétation que fait le président de l'alinéa 159(1)(h) va dans ce sens. Pour son deuxième argument, l'appelante s'appuie essentiellement sur les arrêts *Consolidated-Bathurst* et *Ellis-Don* qui, à son avis, doivent être interprétés comme empêchant un décideur institutionnalisé d'influer sur les conclusions de fait d'un commissaire et, par conséquent, comme empêchant que des conclusions de fait fassent partie des guides jurisprudentiels de la Commission. À mon avis, cette interprétation des arrêts *Consolidated-Bathurst* et *Ellis-Don* n'a absolument aucun fondement, comme je m'efforcerai de le démontrer dans la prochaine section des présents motifs. Enfin, l'appelante affirme que les directives concernant les conditions existant dans un pays qui changent constamment, pour lesquelles il n'existe aucune base de données centralisée, mènent inévitablement à une surveillance imparfaite et à des retards, en plus d'entraîner la révocation définitive de guides jurisprudentiels précédemment appliqués dans de nombreuses décisions.

[42] Dans ses observations sur la première question certifiée, l'appelante s'oppose également au fait que le président s'appuie sur la *Politique sur l'utilisation de guides jurisprudentiels*, Politique n° 2003-01 de la Commission (modifiée en décembre 2016), pour désigner officiellement des guides jurisprudentiels. La politique indique qu'une « décision qui sert de guide jurisprudentiel peut porter sur une question de droit ou une question mixte de droit et de fait », mais la décision du président va beaucoup plus loin et concerne des questions de fait. De l'avis de l'appelante, les motifs du président contiennent des incohérences internes; pour cette raison, la décision de publier les guides jurisprudentiels contestés contenant des déterminations factuelles est déraisonnable.

[43] Je ne peux retenir les observations de l'appelante. Au contraire, j'estime que la Cour a conclu à juste titre que le président avait le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels sur des questions de fait, conformément au sens ordinaire de la disposition législative. Le président a implicitement interprété l'alinéa 159(1)(h) comme lui



authority to issue JGs on factual issues, and that implicit interpretation was reasonable.

[44] In *Vavilov*, the Supreme Court held that “whatever form the interpretive exercise takes, the merits of an administrative decision maker’s interpretation of a statutory provision must be consistent with the text, context and purpose of the provision” (at paragraph 120), thereby referring to the usual principles of statutory interpretation as set out in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, at paragraph 21. Although the Chairperson did not formally engage in such an exercise, there is no doubt in my mind that his implicit interpretation is consistent with that approach.

[45] I would start by noting that administrative agencies do not require an express grant of statutory authority in order to use “soft law” such as policy statements, guidelines, manuals and handbooks to structure the exercise of their discretion. As this Court found in *Thamotharem* (at paragraph 56):

Through the use of “soft law” an agency can communicate prospectively its thinking on an issue to agency members and staff, as well as to the public at large and to the agency’s “stakeholders” in particular. Because “soft law” instruments may be put in place relatively easily and adjusted in the light of day-to-day experience, they may be preferable to formal rules requiring external approval and, possibly, drafting appropriate for legislation. Indeed, an administrative agency does not require an express grant of statutory authority in order to issue guidelines and policies to structure the exercise of its discretion or the interpretation of its enabling legislation....

[46] In the case at bar, there is an express statutory grant of authority to the Chairperson. Moreover, as properly noted by the Chief Justice, there is no limitation confining the scope of paragraph 159(1)(h) to issues of law or mixed fact and law. On the contrary, the authority of the Chairperson to issue JGs is conferred in the broadest

conférant le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels sur des questions de fait, et cette interprétation implicite était raisonnable.

[44] Dans l’arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a affirmé que « quelle que soit la forme que prend l’opération d’interprétation d’une disposition législative, le fond de l’interprétation de celle-ci par le décideur administratif doit être conforme à son texte, à son contexte et à son objet » (au paragraphe 120), en faisant ainsi référence aux principes habituels d’interprétation des lois établis dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21. Même si le président n’a pas officiellement entrepris une telle opération, il ne fait aucun doute dans mon esprit que cette interprétation implicite est conforme à cette approche.

[45] Je commencerais par souligner que les organismes administratifs n’ont pas besoin de disposer d’une autorisation législative expresse pour pouvoir utiliser des « instruments législatifs non contraignants », comme des énoncés de politique, des directives, des manuels et des guides, afin de structurer l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Comme notre Cour l’a affirmé dans l’arrêt *Thamotharem* (au paragraphe 56) :

Le recours à ces instruments législatifs non contraignants donne à un organisme la possibilité de faire connaître à ses membres et à son personnel, de même qu’au public en général et aux « parties intéressées » en particulier, la position qu’il pense adopter relativement à une question. Ces instruments non contraignants pouvant être mis en place assez facilement, puis modifiés à la lumière de l’expérience acquise graduellement, ils peuvent être préférables à l’adoption de règles formelles qui nécessitent une autorisation externe et qui peuvent exiger une rédaction adaptée à un texte de nature législative. En effet, un organisme administratif peut, sans disposer d’une autorisation législative expresse, donner des directives et définir des politiques visant à structurer l’exercice de son pouvoir discrétionnaire ou l’interprétation de sa loi habilitante [...]

[46] En l’espèce, le président dispose d’une autorisation législative expresse. Qui plus est, comme l’a souligné à juste titre le juge en chef, il n’existe aucune limite confinant le champ d’application de l’alinéa 159(1)(h) aux questions de droit ou aux questions mixtes de droit et de fait. Au contraire, le pouvoir dont dispose le président



terms, as long as their purposes are to assist members in carrying out their duties, and with the only requirement that their issuance be preceded by consultation with the Deputy Chairperson.

[47] The breadth of this power aligns with the context in which paragraph 159(1)(h) is found. Not only does paragraph 159(1)(g) authorize the Chairperson to take “any action that may be necessary to ensure that the members of the Board carry out their duties efficiently and without undue delay”, but subsection 162(2) requires the I.R.B. to deal with proceedings “as informally and quickly as the circumstances and the considerations of fairness and natural justice permit”. To this end, sections 170 and 171 provide guidance to members in conducting proceedings, and make clear that Parliament’s intention was to promote efficiency and consistency while taking into account considerations of fairness and natural justice.

[48] To achieve that mandate as a tribunal with a large, diverse body of members adjudicating a high volume of cases, the I.R.B. has been provided with an arsenal of tools including not only JGs, but also guidelines and persuasive decisions. Various policy instruments, such as instructions, three-member panels, and training, are also available to the I.R.B., through the initiatives of its Chairperson. Paragraph 159(1)(h) cannot be interpreted in a vacuum. The legislative context in which it is found is consistent with the broad interpretation that the Chairperson has given to that provision, namely to ensure that Board members carry out their duties efficiently and without undue delays.

[49] The only limitation to the plain wording of paragraph 159(1)(h) to which the appellant can point is the use of the word “jurisprudential”. For the appellant, the term “jurisprudence” can only refer to legal principles as they are set out in the case law or court decisions. Much like the Federal Court, I find little support for this narrow reading of this concept. The appellant cites the case of *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, in which the Supreme Court held that “the answer to a question of fact, as it rests wholly on the evidence in a particular case,

de publier des guides jurisprudentiels lui est conféré selon des termes généraux, pourvu que leur but soit d’aider les commissaires dans l’exécution de leurs fonctions, et que leur publication est précédée d’une consultation des vice-présidents.

[47] L’étendue de ce pouvoir respecte le contexte de l’alinéa 159(1)(h). Non seulement l’alinéa 159(1)(g) autorise-t-il le président à prendre « les mesures nécessaires pour que les commissaires remplissent leurs fonctions avec diligence et efficacité », mais le paragraphe 162(2) oblige aussi la Commission à agir, « dans la mesure où les circonstances et les considérations d’équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et avec célérité ». À cette fin, les articles 170 et 171 fournissent aux commissaires une orientation concernant la conduite des instances, et indiquent clairement que l’intention du législateur était de promouvoir l’efficacité et la cohérence, tout en tenant compte de considérations d’équité et de justice naturelle.

[48] Pour accomplir ce mandat à titre de tribunal composé d’un nombre imposant et diversifié de commissaires chargés de traiter un grand volume de dossiers, la C.I.S.R. a été dotée d’un arsenal d’outils comprenant non seulement les guides jurisprudentiels, mais aussi des directives et des décisions convaincantes. La C.I.S.R. dispose également de divers instruments de politique, notamment des consignes, et peut compter sur des comités de trois membres et de la formation, grâce aux initiatives du président. L’alinéa 159(1)(h) ne peut être interprété hors contexte. Le contexte législatif qui l’entoure est conforme à l’interprétation large qu’a faite le président de cette disposition, soit qu’elle vise à permettre aux commissaires de remplir leurs fonctions avec diligence et efficacité.

[49] La seule limite au sens ordinaire de l’alinéa 159(1)(h) à laquelle l’appelante peut faire référence est l’utilisation du terme « jurisprudentiel ». Pour l’appelante, le terme « jurisprudence » peut uniquement faire référence à des principes juridiques énoncés dans les jugements antérieurs ou dans les décisions des cours. Comme le juge en chef de la Cour fédérale, je trouve peu d’arguments à l’appui d’une interprétation aussi étroite de ce concept. L’appelante cite l’arrêt *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, où la Cour suprême

cannot be presumed to be true for any situation outside the specific one before the trial court” (at paragraph 86). While undoubtedly true, this principle does not entail that decisions entirely or largely based on factual determinations are excluded from a tribunal’s jurisprudence. On the contrary, the Supreme Court does not seem to operate such a distinction, as pointed out by the respondent, when referring to decisions of tribunals and boards as “jurisprudence”: see *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at paragraph 13; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, at paragraph 199; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, (1995), 121 D.L.R. (4th) 385, at paragraph 67. In any event, it would take more than such an oblique reference to limit the plain meaning of the broad power conferred on the Chairperson by paragraph 159(1)(h) of the IRPA.

[50] Furthermore, the issuance of JGs on factual issues is not tantamount to the establishment of binding legal precedents. To use the words of the Chief Justice, the impermissibility of factual precedents “is a far cry from the respondent’s more modest position that paragraph 159(1)(h) permits non-binding JGs to be issued for the purposes that were identified by the Chairperson” (Reasons, at paragraph 77). Whether those JGs unlawfully fetter the Board members’ discretion, on the other hand, is an entirely different issue that will be addressed further on in this analysis.

[51] Regarding the legislative history and purpose of paragraph 159(1)(h), it appears that the idea of vesting the Chairperson with the authority to issue JGs on questions of fact such as country condition has been around for quite some time. Commenting on the 1992 legislation, Professor Goodwin-Gill proposed that the relevance, timeliness, and authority of information relating to specific countries could be the subject of chairpersons’

du Canada a affirmé qu’« on ne peut présumer que la réponse à une question de fait, qui repose entièrement sur la preuve propre à chaque cause, vaut pour quelque situation que ce soit hormis celle dont était saisi le tribunal de première instance » (au paragraphe 86). Même s’il ne fait pas de doute que ce principe est vrai, il ne sous-entend pas que les décisions entièrement ou en grande partie fondées sur des déterminations factuelles doivent être exclues de la jurisprudence d’un tribunal. Au contraire, la Cour suprême ne semble pas faire une telle distinction, comme l’a souligné l’intimé, lorsqu’il mentionne que les décisions de tribunaux et de commissions composent la « jurisprudence » : voir *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, au paragraphe 13; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, au paragraphe 199; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, au paragraphe 67. Quoi qu’il en soit, il faudrait davantage qu’une telle référence oblique pour limiter le sens ordinaire du vaste pouvoir conféré au président par l’alinéa 159(1)(h) de la LIPR.

[50] En outre, publier des guides jurisprudentiels sur des questions de fait n’équivaut pas à établir des précédents juridiques contraignants. Pour reprendre les propos du juge en chef, l’invalidité de précédents factuels « est bien loin de la thèse plus modeste du défendeur selon laquelle l’alinéa 159(1)(h) autorise la publication des guides jurisprudentiels non contraignants aux fins déterminées par le président » (motifs, au paragraphe 77). D’un autre côté, la question de savoir si ces guides jurisprudentiels entravent de manière illicite le pouvoir discrétionnaire des commissaires est une toute autre question qui sera abordée plus loin dans la présente analyse.

[51] Concernant l’historique législatif et l’objet de l’alinéa 159(1)(h), il semble que l’idée de conférer au président le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels sur des questions de fait portant entre autres sur la situation dans le pays en cause est dans l’air depuis un certain temps. Commentant la loi de 1992, le professeur Goodwin-Gill a proposé que la pertinence, l’actualité et l’autorité de renseignements portant sur des pays précis

guidelines: House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of Legislative Committee on Bill C-86* [34th Parl., 3rd Sess., Issue No. 10] (September 15, 1992), at pages 10:33, 10A:14; Senate of Canada, *Proceedings of the Standing Senate Committee on Social Affairs Science and Technology* [34th Parl. 3rd Sess., Issue No. 17] (September 4, 1992), at page 17:32. Similarly, a former Chairman of the Law Reform Commission of Canada opined that country condition information should be the subject of chairpersons' guidelines and Board members deciding a case at variance with the information should be required to provide reasons for doing so: John Frecker, *Brief to the Legislative Committee on Bill C-86 (An Act to Amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof)* [34th Parl., 3rd Sess.], August 1992 (appeal book, pages 475–476).

[52] At paragraph 70 of his Reasons, the Chief Justice also referred to the *Clause by Clause Analysis* of Bill C-11, which repealed and replaced the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2. There, the rationale for the introduction of the Chairperson's authority to identify JGs was succinctly set out in the following terms: "The provision gives authority to the Chairperson to identify decisions that would serve as jurisprudential guides that would not be binding on members but would enhance consistency in decision-making": Citizenship and Immigration Canada, *Bill C-11: Clause by Clause Analysis* (September 2001), page 127. I agree with the Chief Justice that "it is not immediately apparent why JGs addressed to factual issues would not be as helpful as JGs addressed to issues of law or mixed fact and law in assisting Board members to carry out their duties" (Reasons, at paragraph 69).

[53] As for the appellant's argument that the Chairperson's interpretation of paragraph 159(1)(h) is inconsistent with the I.R.B.'s *Policy on the Use of Jurisprudential Guides* (as amended December 2016), it

pourrait faire l'objet de directives du président : Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-86*, [34<sup>e</sup> lég., 3<sup>e</sup> sess., fascicule n<sup>o</sup> 10] (le 15 septembre 1992), aux pages 10:33, 10A:14; Sénat du Canada, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie* [34<sup>e</sup> lég., 3<sup>e</sup> sess., fascicule n<sup>o</sup> 17] (le 4 septembre 1992), à la page 17:32. De même, un ancien président de la Commission de réforme du droit du Canada a affirmé que les renseignements sur la situation dans le pays en cause devraient faire l'objet de directives du président, et que les commissaires rendant une décision s'écarterant des renseignements disponibles devraient avoir l'obligation de fournir des motifs justifiant leur décision : mémoire de John Frecker présenté au Comité législatif sur le projet de loi C-86 (*Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence*) [34<sup>e</sup> lég., 3<sup>e</sup> sess.], août 1992 (dossier d'appel, aux pages 475 et 476).

[52] Au paragraphe 70 de ses motifs, le juge en chef fait également référence à l'*analyse article par article du projet de loi C-11*, qui abrogeait et remplaçait la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2. Dans ce document, la raison justifiant le pouvoir conféré au président de désigner des guides jurisprudentiels a été brièvement résumée dans les termes suivants : « la disposition accorde au président le pouvoir de préciser les décisions qui serviront de guide jurisprudentiel; les commissaires n'auront pas à suivre systématiquement ces décisions, mais pourront s'en inspirer, ce qui favorisera l'uniformité du processus de prise de décision » : Citoyenneté et Immigration Canada, *Projet de loi C-11 : analyse article par article* (septembre 2001), à la page 127. Je suis d'accord avec le juge en chef quand il affirme qu'« on ne comprend pas à première vue pourquoi les guides jurisprudentiels qui traitent de questions de fait ne seraient pas aussi utiles que ceux qui traitent de questions de droit ou de questions mixtes de fait et de droit pour aider les commissaires dans l'exercice de leurs fonctions » (motifs, au paragraphe 69).

[53] Quant à l'argument présenté par l'appelante, selon lequel l'interprétation que fait le président de l'alinéa 159(1)(h) ne concorde pas avec la *Politique sur l'utilisation de guides jurisprudentiels* de la Commission

is without merit. It is no doubt true that this Policy notably states that “[a] decision may be identified as a [JG] on either a question of law or a question of mixed law and fact”. However, as the Chief Justice rightly found, the Policy only “provides *some* indication of the manner in which the Chairperson interpreted his authority under paragraph 159(1)(h)” [emphasis in original] (Reasons, at paragraph 63). It is well established that such a policy, as other soft law tools upon which administrative tribunals rely in their daily operations, cannot supersede the authority given to the Chairperson under the law and fetter his or her discretion: *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, (1982), 137 D.L.R. (3d) 558 (*Maple Lodge*), at pages 6–7. This principle has been reiterated in the immigration context on a number of occasions: see, for example, *Kanhasamy*, at paragraphs 30–33; *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *De Jong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706, at paragraph 94; *Legault v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 125, [2002] 4 F.C. 358, at paragraph 20.

[54] As a result, it is perfectly reasonable to understand the words of the Policy as referring to a description of the past and current practice with respect to which the Chairperson may consider exercising his or her authority to identify a decision as a JG. They cannot, by any means, be interpreted as constraining or circumscribing the statutory authority conferred by Parliament. To paraphrase the Supreme Court in *Maple Lodge* (at page 7), giving the Policy the effect contended for by the appellant would be to elevate the Chairperson’s directions to the level of law and fetter his or her discretion. Consistent with this approach, I note that the Policy has been amended after the decision of the Federal Court and now explicitly mentions that a decision may be identified as a JG “on either a question of law, fact, or mixed law and fact” (*Policy on the Use of Jurisprudential Guides* (as amended December 2019); appeal book, page 1865).

(modifiée en décembre 2016), il est sans fondement. Il est vrai que l’on précise notamment dans cette politique qu’« [u]ne décision qui sert de guide jurisprudentiel peut porter sur une question de droit ou une question mixte de droit et de fait ». Cependant, comme l’a conclu à juste titre le juge en chef, la politique « donne *une* indication de la manière dont le président a interprété son pouvoir aux termes de l’alinéa 159(1)h » [italique dans l’original] (motifs, au paragraphe 63). Il est bien établi qu’une telle politique, comme d’autres instruments non contraignants sur lesquels s’appuient tous les jours les tribunaux administratifs, ne peut remplacer le pouvoir conféré au président aux termes de la Loi, et entraver l’exercice de son pouvoir discrétionnaire : *Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2 (arrêt *Maple Lodge*), aux pages 6 et 7. Ce principe a été réitéré dans un contexte d’immigration à maintes occasions : voir, par exemple, l’arrêt *Kanhasamy*, aux paragraphes 30 à 33; l’arrêt *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*; *De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706, au paragraphe 94 et *Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CAF 125, [2002] 4 C.F. 358, au paragraphe 20.

[54] Ainsi, il est parfaitement raisonnable d’interpréter les termes de la politique comme faisant référence à une description de la pratique passée et actuelle, selon laquelle le président peut envisager d’exercer son pouvoir discrétionnaire pour désigner une décision comme guide jurisprudentiel. Ils ne peuvent en aucun cas être interprétés comme contraignant ou limitant le pouvoir conféré par le législateur. Pour paraphraser la Cour suprême dans l’arrêt *Maple Lodge* (à la page 7), donner à la politique la portée que l’appelante allègue qu’elle a équivaldrait à attribuer un caractère législatif aux directives du président et entraverait l’exercice de son pouvoir discrétionnaire. Conformément à cette approche, je souligne que la politique a été modifiée après la décision de la Cour fédérale et mentionne maintenant explicitement qu’une décision qui sert de guide jurisprudentiel « peut porter sur une question de droit, une question de fait ou une question mixte de droit et de fait » (*Politique sur l’utilisation de guides jurisprudentiels* (modifiée en décembre 2019); dossier d’appel, page 1865).

[55] Finally, a word need be said regarding the practical problems raised by the appellant with respect to factual JGs. It is argued that the promulgation of JGs on factual determinations have led to the replications of errors, as illustrated by the revocation of the India Guide and the China Guide (and the Nigeria Guide subsequent to the decision of the Federal Court). In my view, what happens to a JG once it has been adopted in terms of its application and eventual revocation is irrelevant for the purpose of determining whether it is authorized by paragraph 159(1)(h). At one level, as submitted by the respondent, the revocation of a particular JG demonstrates to some extent that the I.R.B. monitoring of JGs is effective in ensuring the JGs remain useful and accurate. More importantly, the authority of the Chairperson to adopt a JG cannot be measured by its effectiveness nor even its accurateness, much like regulations whose validity do not depend on their usefulness nor on their advisability. The mere fact that JGs dealing with country conditions are frequently revoked may be a signal that they ought to be used with caution, especially if that revocation came as result of later discovery undermining their accuracy, but it can be of no impact on their conformity with the IRPA.

[56] For all of the foregoing reasons, I am of the view that the first certified question (i.e. the second issue on this appeal) should be answered in the affirmative.

*C. Do the JGs that the Chairperson issued with respect to Nigeria, Pakistan, India and China unlawfully fetter the discretion of members of the RPD and the RAD to make their own findings, or improperly encroach upon their adjudicative independence?*

[57] The appellant agrees with the Chief Justice that the statement of expectation in the accompanying policy

[55] Enfin, il faudrait dire un mot à propos des problèmes pratiques soulevés par l'appelante concernant les guides jurisprudentiels factuels. L'on a allégué que la promulgation de guides jurisprudentiels sur des déterminations factuelles avait mené à la reproduction d'erreurs, comme l'illustre la révocation du guide sur l'Inde et du guide sur la Chine (et par la suite du guide sur le Nigéria après la décision rendue par la Cour fédérale). À mon avis, ce qui arrive à un guide jurisprudentiel une fois adopté, en ce qui a trait à son application et à sa révocation définitive, ne constitue pas un élément de preuve pertinent lorsqu'il est question de déterminer s'il est autorisé au titre de l'alinéa 159(1)h). Dans un sens, comme le soutient l'intimé, la révocation d'un guide jurisprudentiel en particulier démontre que, dans une certaine mesure, la surveillance exercée par la C.I.S.R. concernant ses guides jurisprudentiels est efficace, et permet de s'assurer qu'ils demeurent utiles et exacts. Plus important encore, le pouvoir conféré au président d'adopter un guide jurisprudentiel ne peut être mesuré par son efficacité, ni même par son exactitude, à l'instar des règlements, dont la validité ne dépend pas de leur utilité ni de leur pertinence. Le simple fait que des guides jurisprudentiels portant sur la situation dans un pays soient fréquemment révoqués peut être un signal indiquant qu'ils doivent être utilisés avec prudence, surtout si cette révocation résulte d'une découverte ultérieure venant miner leur exactitude, mais cela n'a aucune incidence sur leur conformité avec la LIPR.

[56] Pour toutes les raisons qui précèdent, je suis d'avis qu'il convient de répondre à la première question certifiée (soit la deuxième question en litige dans le présent appel) par l'affirmative.

*C. Les guides jurisprudentiels que le président a publiés sur le Nigéria, le Pakistan, l'Inde et la Chine constituent-ils une entrave illicite au pouvoir discrétionnaire des membres de la Section de la protection des réfugiés et de la Section d'appel des réfugiés de tirer leurs propres conclusions de fait, ou portent-ils indûment atteinte à leur indépendance décisionnelle?*

[57] L'appelante convient avec le juge en chef que la déclaration d'attente incluse dans les notes de politique



notes for China, India and Pakistan interferes with the Board members' independence, but is of the view that it is no less true of the accompanying Policy Note for Nigeria. The appellant's position is that the distinction between a statement of expectation and a mere encouragement to take into account the factual determinations provided by the JGs is meaningless, because in both cases the Chairperson uses an institutional mechanism to communicate preferred findings of fact. In doing so, the Chairperson infringes on the independence of decision makers to the extent that they have the burden to explain why they do not follow the applicable JG. The problem is further compounded by the fact that the JGs are based on a factual record that is not disclosed to the public or other adjudicators.

[58] The appellant's thesis is broadly based on its reading of *Consolidated-Bathurst* and *Ellis-Don*, according to which the Supreme Court apparently left no room for institutional guidance in respect of a decision maker's findings of fact. Yet, a careful reading of these decisions, in my opinion, leads to a more nuanced conclusion.

[59] At issue in *Consolidated-Bathurst* was a decision of the Ontario Labour Relations Board to the effect that the appellant had failed to bargain in good faith by not disclosing, during negotiations for a collective agreement, that it planned to close the plant covered by the collective agreement. In the course of deliberating over this decision, a meeting of the full Board was held to discuss a draft of the reasons. The meeting was conducted in accordance with the Board's longstanding and usual practice to limit the discussion to the policy implication of a draft decision, and to accept the facts as contained in the decision. When the appellant learned of that meeting to which neither parties were invited to participate, it challenged the Board's decision on the ground that it violated the rules of natural justice.

accompagnant les guides pour la Chine, l'Inde et le Pakistan porte atteinte à l'indépendance des commissaires, mais elle affirme que la chose n'est pas moins vraie en ce qui concerne la note de politique accompagnant le guide sur le Nigéria. La position de l'appelant est que la distinction entre une déclaration d'attente et un simple encouragement à tenir compte des déterminations factuelles contenues dans les guides jurisprudentiels est sans importance parce que, dans les deux cas, le président utilise un mécanisme institutionnel pour communiquer les conclusions de fait qu'il préfère. En agissant ainsi, le président empiète sur l'indépendance des décideurs, dans la mesure où il leur incombe d'expliquer pour quelle raison ils ne suivent pas le guide jurisprudentiel applicable. Le problème est aggravé par le fait que les guides jurisprudentiels sont fondés sur un dossier factuel qui n'est pas divulgué au public ou aux autres décideurs.

[58] La thèse de l'appelante est largement inspirée de son interprétation des arrêts *Consolidated-Bathurst* et *Ellis-Don* selon laquelle la Cour suprême n'a apparemment laissé aucune place à des directives institutionnelles concernant les conclusions de fait d'un décideur. Pourtant, une lecture attentive de ces arrêts mène, à mon avis, à une conclusion plus nuancée.

[59] Dans l'arrêt *Consolidated-Bathurst*, le litige portait sur une décision de la Commission des relations de travail de l'Ontario portant que l'appelante avait refusé de négocier de bonne foi en ne divulguant pas, au cours des négociations visant la signature d'une convention collective, qu'elle projetait de fermer l'usine visée par la convention collective. Durant les délibérations relatives à cette décision, la Commission a tenu une réunion plénière pour débattre un avant-projet de motifs. La réunion s'est déroulée conformément à la pratique habituelle que la Commission suit depuis longtemps, qui consiste à restreindre les débats aux conséquences en matière de politique d'un avant-projet de décision, et à considérer les faits mentionnés dans la décision comme avérés. Lorsque l'appelante a appris l'existence de cette réunion, à laquelle aucune des parties n'avait été invitée, elle a contesté la décision de la Commission au motif qu'il y avait eu violation des règles de justice naturelle.



[60] The Supreme Court first noted that two distinct rules of natural justice were at stake: that an adjudicator be disinterested and unbiased, and that the parties be given adequate notice and opportunity to be heard. With respect to the former, Justice Gonthier (writing for the majority) held that an institutional consultation procedure in itself does not create an apprehension of bias or lack of independence, provided it is designed to safeguard the ability of the decision maker to decide independently both on facts and law in the matter. In so doing, he reiterated that the “criteria for independence is not absence of influence but rather the freedom to decide according to one’s own conscience and opinions” (*Consolidated-Bathurst*, at paragraph 84 [page 334]). On the basis of the procedure followed by the Board in that case, the Supreme Court found that the full Board meeting was “an important element of a legitimate consultation process and not a participation in the decision of persons who had not heard the parties” (*Consolidated-Bathurst*, at paragraph 84 [page 335]).

[61] The Supreme Court revisited the same issue ten years later in *Ellis-Don*, and summarized in the following manner the requirements laid down by Justice Gonthier for an institutional consultation not to create a reasonable apprehension of bias: (1) the consultation proceeding cannot be imposed by a superior level of authority within the administrative hierarchy, and can only be requested by the adjudicators themselves; (2) the consultation has to be limited to questions of policy and law, and the members who have not heard the evidence cannot be allowed to re-assess it; (3) even on questions of law and policy, the decision makers must remain free to come to whatever decision they deem right and not be compelled to adopt the views expressed by other members (*Ellis-Don*, at paragraph 29).

[62] Turning to the application of the *audi alteram partem* rule, the Court in *Consolidated-Bathurst* [at paragraph 86 (pages 335–336)] found that discussions

[60] La Cour suprême a d’abord souligné que deux règles distinctes de justice naturelle étaient en cause : celle portant que le décideur doit être désintéressé et impartial, et celle portant que les parties doivent recevoir un préavis suffisant et avoir la possibilité d’être entendues. En ce qui concerne la première de ces règles, le juge Gonthier (s’exprimant au nom de la majorité) a conclu qu’une procédure de consultation institutionnelle ne soulevait pas en soi une crainte raisonnable de partialité ou un manque d’indépendance, à condition qu’elle ait pour but de protéger la capacité du décideur de se prononcer de façon indépendante tant sur les faits que sur le droit dans l’affaire en cause. Il a ainsi réitéré que « le critère de l’indépendance est non pas l’absence d’influence, mais plutôt la liberté de décider selon ses propres conscience et opinions » (arrêt *Consolidated-Bathurst*, au paragraphe 84 [page 334]). Concernant la procédure suivie par la Commission dans cette affaire, la Cour suprême a conclu que la réunion plénière de la Commission avait « constitué un élément important du processus légitime de consultation, mais non une participation à la décision par des personnes qui n’avaient pas entendu les parties » (arrêt *Consolidated-Bathurst*, au paragraphe 84 [page 335]).

[61] La Cour suprême s’est à nouveau penchée sur la même question dix ans plus tard dans l’arrêt *Ellis-Don*, et a résumé de la manière suivante les conditions établies par le juge Gonthier pour qu’une consultation institutionnelle ne suscite par une crainte raisonnable de partialité : 1) la procédure de consultation ne pouvait pas être imposée par un niveau d’autorité supérieur dans la hiérarchie administrative, et ne pouvait être demandée que par les arbitres eux-mêmes; 2) la consultation devait se limiter aux questions de principe et de droit, et on ne pouvait pas permettre aux membres de l’organisation qui n’avaient pas entendu les témoignages de les réévaluer; 3) même relativement aux questions de droit et de principe, les arbitres devaient demeurer libres de prendre la décision qu’ils jugeaient juste selon leur conscience, et ne pas être forcés d’adopter les opinions exprimées par d’autres membres du tribunal administratif (arrêt *Ellis-Don*, au paragraphe 29).

[62] Quant à l’application de la règle *audi alteram partem*, la Cour suprême a conclu dans l’arrêt *Consolidated-Bathurst* [au paragraphe 86 (pages 335 et 336)] que les

on factual issues, to the extent that persons who have not heard all the evidence are involved, generally constitute a breach of the principles of natural justice. It bears reproducing the relevant excerpt of the Court's reasoning on that question:

For the purpose of the application of the *audi alteram partem* rule, a distinction must be drawn between discussions on factual matters and discussions on legal or policy issues. In every decision, panel members must determine what the facts are, what legal standards apply to those facts and, finally, they must assess the evidence in accordance with these legal standards. In this case, for example, the Board had to determine which events led to the decision to close the Hamilton plant and, in turn, decide whether the appellant had failed to bargain in good faith by not informing of an impending plant closing either on the basis that a “*de facto* decision” had been taken or on some other basis. The determination and assessment of facts are delicate tasks which turn on the credibility of the witnesses and an overall evaluation of the relevancy of all the information presented as evidence. As a general rule, these tasks cannot be properly performed by persons who have not heard all the evidence and the rules of natural justice do not allow such persons to vote on the result. Their participation in discussions dealing with such factual issues is less problematic when there is no participation in the final decision. However, I am of the view that generally such discussions constitute a breach of the rules of natural justice because they allow persons other than the parties to make representations on factual issues when they have not heard the evidence.

[63] Having ruled out the discussion of factual issues and the introduction of any new evidence in the absence of the parties, the Court went on to add that the parties must also be informed of “any new ground” on which they have not had the opportunity to make representations (*Consolidated-Bathurst*, at paragraph 92 [page 338]). The Court drew a distinction between factual and legal matters, stating that the parties must be given a fair opportunity for correcting or contradicting any relevant piece of evidence prejudicial to their view, whereas the rule with respect to legal or policy arguments not raising issues of fact is “more lenient” and only gives the parties the right to state their case adequately and to answer contrary arguments (*Consolidated-Bathurst*, at paragraph 93 [page 339]).

discussions relatives à des questions de fait, lorsque des personnes qui n’ont pas entendu toute la preuve sont concernées, constituent généralement un manquement aux principes de justice naturelle. Il convient de reproduire l’extrait pertinent du raisonnement de la Cour suprême sur cette question :

Aux fins de l’application de la règle *audi alteram partem*, il faut distinguer les discussions portant sur des questions de fait et celles portant sur des questions de droit ou de politique. Dans toute décision, les membres du banc doivent établir les faits, les normes juridiques à appliquer à ces faits et, enfin, ils doivent évaluer la preuve conformément à ces normes juridiques. En l’espèce, par exemple, la Commission devait déterminer quels événements avaient donné lieu à la décision de fermer l’usine de Hamilton, pour ensuite décider si l’appelante avait omis de négocier de bonne foi en n’informant pas de la fermeture prochaine de l’usine, pour le motif qu’une « décision *de facto* » avait été prise en ce sens ou pour un autre motif. La détermination et l’évaluation des faits sont des tâches délicates qui dépendent de la crédibilité des témoins et de l’évaluation globale de la pertinence de tous les renseignements présentés en preuve. En général, les personnes qui n’ont pas entendu toute la preuve ne sont pas à même de bien remplir cette tâche et les règles de justice naturelle ne permettent pas à ces personnes de voter sur l’issue du litige. Leur participation aux discussions portant sur ces questions de fait pose moins de problèmes quand elles ne participent pas à la décision finale. Cependant, j’estime que ces discussions violent généralement les règles de justice naturelle parce qu’elles permettent à des personnes qui ne sont pas parties au litige de faire des observations sur des questions de fait alors qu’elles n’ont pas entendu la preuve.

[63] Après avoir tranché la discussion concernant les questions de fait et l’introduction de tout nouvel élément de preuve en l’absence des parties, la Cour suprême a poursuivi en ajoutant que les parties doivent également être avisées de « tout nouveau moyen » à propos duquel elles n’ont pas soumis de plaidoirie (arrêt *Consolidated-Bathurst*, au paragraphe 92 [page 338]). La Cour suprême a établi une distinction entre les questions de fait et les questions juridiques, affirmant que les parties doivent obtenir une possibilité raisonnable de corriger ou de contredire tout énoncé pertinent qui nuit à leur point de vue, alors que la règle relative aux arguments juridiques ou de politique qui ne soulèvent pas de questions de fait est un « peu moins sévère », puisque les parties n’ont que le droit de présenter leur cause adéquatement et de

répondre aux arguments qui leur sont défavorables (arrêt *Consolidated-Bathurst*, au paragraphe 93 [page 339]).

[64] This dichotomy between factual matters and legal/policy issues is echoed in the penultimate paragraph of the majority’s analysis [at paragraph 94 (pages 339–340)], which reads as follows:

I therefore conclude that the consultation process described by [the] Chairman ... in his reconsideration decision does not violate the *audi alteram partem* rule provided that factual issues are not discussed at a full board meeting and the parties are given a reasonable opportunity to respond to any new ground arising from such a meeting. In this case, an important policy issue ... was at stake and the Board was entitled to call a full board meeting to discuss it. There is no evidence that any other issues were discussed or indeed that any other arguments were raised at that meeting and it follows that the appellant has failed to prove that it has been the victim of any violation of the *audi alteram partem* rule. Indeed, the decision itself indicates that it rests on considerations known to the parties upon which they had full opportunity to be heard.

[65] I am unable to agree with the appellant that *Consolidated-Bathurst* and *Ellis-Don* leave no room for internal guidance on factual issues of the type found in the impugned JGs. While I recognize that the plain words of the Supreme Court in these cases may lead to an understanding that administrative bodies’ institutional processes are restricted to questions of law and policy, I am loathe to adopt such a strict reading of the principles established by the Court and to infer that JGs dealing with particular aspects of country conditions necessarily infringe the principles of natural justice. As stated in *Consolidated-Bathurst*, institutional constraints faced by an administrative tribunal inform the rules of natural justice, which “do not have a fixed content” (at paragraph 69 [pages 323–324]).

[66] I start with the proposition that coherence in decision making is a legitimate goal for administrative

[64] Cette dichotomie entre les questions de fait et les questions juridiques et de politique est reprise dans l’avant-dernier paragraphe de l’analyse de la majorité [au paragraphe 94 (pages 339 et 340)], qui est rédigé en ces termes :

Je conclus donc que le processus de consultation décrit par le président [...] dans sa décision relative à la demande de réexamen ne viole pas la règle *audi alteram partem* pourvu que les questions de fait ne soient pas discutées à la réunion plénière de la Commission et que les parties aient une possibilité raisonnable de répliquer à tout nouveau moyen soulevé à cette réunion. En l’espèce, une importante question de politique était en jeu, [...] et la Commission avait le droit de convoquer une réunion plénière pour en débattre. Il n’y a aucune preuve qu’on ait discuté d’autres sujets ou même qu’on ait soulevé quelque autre argument lors de cette réunion. Il s’ensuit que l’appelante n’a pas prouvé qu’elle ait été victime d’une violation quelconque de la règle *audi alteram partem*. En réalité, la décision elle-même montre qu’elle repose sur des considérations connues des parties et au sujet desquelles elles avaient eu tout le loisir de se faire entendre.

[65] Je ne peux être d’accord avec l’appelante que les arrêts *Consolidated-Bathurst* et *Ellis-Don* ne laissent aucune place à des directives internes sur des questions de fait du type de celles incluses dans les guides jurisprudentiels contestés. Même si je reconnais que le sens ordinaire des mots employés par la Cour suprême dans ces arrêts peut nous amener à penser que les processus internes des organismes administratifs se limitent aux questions de droit et de politique, j’hésite à adopter une interprétation aussi stricte des principes établis par la Cour suprême et à conclure que les guides jurisprudentiels portant sur certains aspects de la situation dans un pays violent nécessairement les principes de justice naturelle. Comme la Cour suprême l’a affirmé dans l’arrêt *Consolidated-Bathurst*, les contraintes institutionnelles auxquelles les tribunaux administratifs sont soumis déterminent les règles de justice naturelle, lesquelles « n’ont pas un contenu fixe » (au paragraphe 69 [page 324]).

[66] Je commence par la proposition selon laquelle la cohérence du processus décisionnel est un objectif

boards and tribunals. While a lack of unanimity may be the price to pay for the decision making freedom and independence given to administrative decision makers, as noted by the Supreme Court in *Domtar Inc. v. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, (1993), 105 D.L.R. (4th) 385 (*Domtar*), at page 800, persons affected by administrative decisions are entitled to expect that like cases will generally be treated alike, and that outcomes will not depend merely on the identity of the individual decision maker. This objective was recognized as a valid one in *Consolidated-Bathurst*, where Justice Gonthier wrote [at paragraph 74 (pages 327–328)]:

The second rationale for the practice of holding full board meetings is the fact that the large number of persons who participate in Board decisions creates the possibility that different panels will decide similar issues in a different manner. It is obvious that coherence in administrative decision making must be fostered. The outcome of disputes should not depend on the identity of the persons sitting on the panel for this result would be [TRANSLATION] “difficult to reconcile with the notion of equality before the law, which is one of the main corollaries of the rule of law, and perhaps also the most intelligible one” .... Given the large number of decisions rendered in the field of labour law, the Board is justified in taking appropriate measures to ensure that conflicting results are not inadvertently reached in similar cases. The fact that the Board’s decisions are protected by a privative clause ... makes it even more imperative to take measures such as full board meetings in order to avoid such conflicting results. [Citation omitted.]

[67] These considerations apply with equal force in the context of the I.R.B. Just like the Ontario Labour Relations Board, the I.R.B. is a high volume tribunal that annually receives and decides thousands of claims and appeals. There are hundreds of decision makers across various regions of the country. Moreover, judicial review is subject to leave from the Federal Court. In that context, the need for consistency is even more obvious, and as this Court recognized in *Thamotharem*, the use of guidelines and other soft law techniques to achieve an acceptable level of consistency is particularly important for large tribunals exercising discretion such as the I.R.B.

légitime pour les commissions et tribunaux administratifs. Alors que l’absence d’unanimité est peut-être le prix à payer pour la liberté et l’indépendance décisionnelle accordées aux décideurs administratifs, comme l’a souligné la Cour suprême dans l’arrêt *Domtar Inc. c. Québec (Commission d’appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756 (arrêt *Domtar*), à la page 800, les personnes touchées par des décisions administratives ont le droit de s’attendre à ce que des affaires semblables soient traitées de la même manière, et que l’issue de ces litiges ne dépende pas simplement de l’identité du décideur. Cet objectif a été jugé valable dans l’arrêt *Consolidated-Bathurst*, où le juge Gonthier a écrit [au paragraphe 74 (pages 327 et 328)] :

La seconde raison d’être de la pratique de tenir des réunions plénières de la Commission tient au fait que le grand nombre de personnes qui participent aux décisions de la Commission crée un risque que des bancs différents rendent des décisions divergentes sur des questions semblables. Il est évident qu’il faut favoriser la cohérence des décisions rendues en matière administrative. L’issue des litiges ne devrait pas dépendre de l’identité des personnes qui composent le banc puisque ce résultat serait « difficile à concilier avec la notion d’égalité devant la loi, l’un des principaux corollaires de la primauté du droit, et peut-être aussi le plus intelligible » ... Vu le grand nombre de décisions rendues en matière de droit du travail, la Commission est justifiée de prendre les mesures nécessaires pour éviter d’arriver, par inadvertance, à des solutions différentes dans des affaires semblables. Puisque les décisions de la Commission sont protégées par une clause privative [...], il est encore plus impérieux de recourir à des mesures comme les réunions plénières de la Commission pour éviter ces solutions incompatibles. [Renvoi omis.]

[67] Ces considérations s’appliquent avec une force égale dans le contexte de la C.I.S.R. Tout comme la Commission des relations de travail de l’Ontario, la C.I.S.R. est un tribunal qui traite un grand nombre de cas et qui reçoit et tranche chaque année des milliers de demandes et d’appels. Des centaines de commissaires sont répartis à travers les différentes régions du pays. De plus, toute demande de contrôle judiciaire doit auparavant être autorisée par la Cour fédérale. Dans ce contexte, la nécessité d’une cohérence est encore plus évidente et, comme notre Cour l’a reconnu dans l’arrêt *Thamotharem*, le recours à des directives et autres techniques n’ayant

[68] The Supreme Court reiterated its concern for consistency in *Vavilov*. Referring to the above-quoted excerpts from *Domtar* and *Consolidated-Bathurst*, the Court found that administrative bodies may resort to guidelines and other soft law techniques to address this concern. It even went so far as stating that a departure from longstanding practices or established internal authority without any explanation for so doing may be a badge of unreasonableness (*Vavilov*, at paragraph 131).

[69] Of course, consistency should not be reached at the expense of natural justice, and must not compromise the judicial independence of panel members and their capacity to decide on the basis of the particular facts of each case and of their opinions: *Consolidated-Bathurst*, at paragraph 74 [pages 327-328]. In the case at bar, the appellant argues that the impugned JGs do just that.

[70] Before turning to the thrust of the appellant's argument, which is to the effect that the JGs fetter the Board members' discretion on questions of fact, a word must be said about the presumed violation of the *audi alteram partem* rule resulting from the fact that the entire record upon which the JGs are based is not disclosed to the public and to other adjudicators. Counsel for the appellant submits that refugee claimants do not know the case they have to meet.

[71] Admittedly, the entire record on the basis of which is made the decision designated as a JG is not disclosed. However, this is a far cry from the position that a refugee claimant is in the dark with respect to the rationale of that decision or as to the relevant factors that may appropriately be taken into consideration to distinguish his or her situation. First of all, many of the documents

pas caractère obligatoire en vue d'assurer une cohérence raisonnable est particulièrement important pour les tribunaux de grande envergure exerçant un pouvoir discrétionnaire, comme la C.I.S.R.

[68] La Cour suprême a réitéré l'importance de cette cohérence dans l'arrêt *Vavilov*. Faisant référence aux extraits cités plus haut tirés des arrêts *Domtar* et *Consolidated-Bathurst*, la Cour a conclu que les organismes administratifs peuvent avoir recours à des directives à d'autres techniques non contraignantes pour garantir cette cohérence. Elle est même allée jusqu'à affirmer que, lorsqu'un tribunal s'écarte d'une pratique de longue date ou d'une jurisprudence interne constante, sans expliquer la raison de cet écart, la décision peut être qualifiée de déraisonnable (arrêt *Vavilov*, au paragraphe 131).

[69] Naturellement, l'uniformisation des décisions ne doit pas se faire aux dépens des règles de justice naturelle, et elle ne doit pas compromettre l'indépendance judiciaire des commissaires et leur capacité à rendre une décision en fonction des faits particuliers de chaque affaire et de leurs opinions : arrêt *Consolidated-Bathurst*, au paragraphe 74 [pages 327 et 328]. En l'espèce, l'appellante soutient que c'est exactement ce que font les guides jurisprudentiels contestés.

[70] Avant de me tourner vers l'essentiel de l'argument de l'appelante, selon lequel les guides jurisprudentiels entravent le pouvoir discrétionnaire des commissaires sur les questions de fait, je me dois de dire un mot à propos de la présumée violation de la règle *audi alteram partem*, au motif que le dossier sur lequel sont fondés les guides jurisprudentiels n'est pas communiqué dans son ensemble au public et aux autres décideurs. L'avocat de l'appelante soutient que les demandeurs d'asile ne connaissent pas les éléments de preuve à réfuter.

[71] Je dois l'admettre, l'ensemble du dossier en fonction duquel est rendue la décision désignée comme guide jurisprudentiel n'est pas divulgué. Toutefois, cela ne signifie pas que le demandeur d'asile ne connaît pas le motif de cette décision, ou les facteurs pertinents qui pourraient à juste titre être pris en considération pour particulariser sa situation. En premier lieu, bon nombre



in the record are cited in the decision and available for future decision makers and the public alike. As pointed out by the intervener, that documentary evidence would form part of the relevant NDP. Of course, the available record would not contain the facts that are specific to the particular claimant who was the subject of the JG, and that were adduced in his or her evidence. However, the JGs are clearly not meant to address those particularized personal facts, but only those issues that are extraneous to a claimant's specific circumstances.

[72] The real focus of the appellant's submission, which the Federal Court countenanced to a large extent, is the interference that the impugned JGs would have with the Board members' independence. As previously mentioned, the Chief Justice agreed with the appellant that the China, Pakistan and India JGs appear to encroach on the discretion of the Board members and effectively pressure them to either adopt factual conclusions or provide a reasoned justification for not doing so. He reached that conclusion on the basis of the language used in the policy notes that accompanied the identified decisions to the effect that RPD and RAD members were "expected to apply [JGs] in cases with similar facts or provide reasoned justifications for not doing so", without any cautionary instructions about the non-binding nature of these JGs.

[73] I wholeheartedly agree that judges and quasi-judicial decision makers alike must be free to come to their own findings of fact, without any external pressure. This is one of the most sacred principles of natural justice, and a cornerstone of our legal system. With all due respect for the contrary view, however, I fail to see how any of the impugned JGs improperly encroach upon Board members' adjudicative independence. I come to this conclusion essentially for three reasons.

des documents au dossier sont cités dans la décision et accessibles pour de futurs décideurs de même que pour le public. Comme l'a souligné l'intervenante, la preuve documentaire serait incluse dans le cartable national de documentation pertinent. Naturellement, le dossier disponible ne contiendrait pas les faits qui sont propres au demandeur visé par le guide jurisprudentiel, et qui ont été produits comme éléments de preuve. Toutefois, il est clair que les guides jurisprudentiels n'ont pas pour but de traiter de ces faits personnels particuliers, mais uniquement des questions qui sont extrinsèques à la situation personnelle d'un demandeur.

[72] Le véritable objet de l'argument de l'appelante, que la Cour fédérale a approuvé dans une large mesure, est l'influence qu'auraient les guides jurisprudentiels contestés sur l'indépendance des commissaires. Comme je l'ai indiqué précédemment, le juge en chef était d'accord avec l'appelante que les guides jurisprudentiels sur la Chine, le Pakistan et l'Inde semblaient porter atteinte au pouvoir discrétionnaire des commissaires et exercer sur eux des pressions afin qu'ils adoptent les conclusions de fait de ces guides ou fournissent une explication raisonnable pour ne pas le faire. Il en est arrivé à cette conclusion en raison des termes employés dans les notes de politique accompagnant les décisions désignées, selon lesquelles les commissaires de la Section de la protection des réfugiés et de la Section d'appel des réfugiés « doivent appliquer les guides jurisprudentiels aux cas comportant des faits semblables ou justifier leur décision de s'en écarter, le cas échéant », et de l'absence de mises en garde quant à la nature non contraignante de ces guides jurisprudentiels.

[73] Je suis tout à fait d'avis que les juges et décideurs quasi judiciaires doivent avoir toute liberté pour en arriver à leurs propres conclusions de fait, sans pressions de l'extérieur. Il s'agit là d'un des principes de justice naturelle les plus sacrés, et de la pierre angulaire de notre système de justice. Toutefois, avec égard pour l'opinion contraire, je ne vois pas comment les guides jurisprudentiels contestés ont à tort porté atteinte à l'indépendance décisionnelle des commissaires. J'en viens à cette conclusion essentiellement pour trois raisons.



[74] First, I would note that the type of factual issues set forth by the impugned JGs must be distinguished from the ones contemplated by the Supreme Court in *Consolidated-Bathurst* and *Ellis-Don*. In *Consolidated-Bathurst*, for example, the Board had to determine, in light of the events that led to the decision to close a plant, whether the appellant's failure to inform of the impending plant closing breached the duty to bargain in good faith. This exercise solely required consideration of evidence specific to the circumstances of the parties, hence the prohibition for Board members who had not heard this type of evidence, to re-assess it.

[75] The same cannot be said of the reviews of country condition evidence or analytical frameworks found in the impugned JGs. While these can be characterized as factual findings, they are of a special nature to the extent that they go beyond the evidence specific to any particular claimant. The accuracy of the review of a specific country condition with respect to IFAs, state protection or objective fear is not dependent upon a claimant's specific circumstances, and is not meant to be. After all, the objective of refugee determination is not so much to determine what has happened, but what will happen if a person is returned to his or her country of origin.

[76] The fact that Sikhs throughout India face little discrimination and do not generally face difficulties relocating to other areas of India (India Guide, at paragraphs 36 and 47), or that the Pakistani government proactively victimizes Ahmadis (Pakistan Guide, at paragraph 33), for example, are not predicated upon claimants' personal history. This is precisely why these factual determinations will generally apply to claimants sharing a similar set of circumstances. As the Federal Court noted in *Barrantes v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 518, 272 F.T.R. 164, "it would not do to have one panel member's terrorist organization be characterized by another member as a benevolent non-government organization" (at paragraph 12). This

[74] Premièrement, je voudrais souligner que les questions de fait incluses dans les guides jurisprudentiels contestés se distinguent des questions sur lesquelles se penchait la Cour suprême dans les arrêts *Consolidated-Bathurst* et *Ellis-Don*. Par exemple, dans l'arrêt *Consolidated-Bathurst*, la Commission devait déterminer si, à la lumière des événements ayant mené à la décision de fermer une usine, l'appelante avait omis de négocier de bonne foi en ne divulguant pas que l'usine fermerait prochainement. Pour ce faire, la Commission devait uniquement tenir compte des éléments de preuve propres à la situation de chacune des parties, et il était donc interdit aux commissaires qui n'avaient pas eu connaissance de ces éléments de preuve, de les réévaluer.

[75] On ne peut affirmer la même chose de l'examen des éléments de preuve portant sur la situation dans un pays, ou des cadres analytiques inclus dans les guides jurisprudentiels contestés. Même si ces éléments peuvent être qualifiés de conclusions de fait, ils ont une nature particulière, dans la mesure où ils dépassent les éléments de preuve propres à un demandeur en particulier. L'exactitude de l'examen mené concernant les conditions particulières dans un pays, en ce qui a trait aux possibilités de refuge intérieur, à la protection offerte par l'État ou à l'existence d'une crainte objective, ne dépend pas de la situation particulière du demandeur d'asile, et n'est pas censée en dépendre. Après tout, l'objectif de la reconnaissance du statut de réfugié n'est pas tant de déterminer ce qui s'est passé, mais ce qui arrivera si une personne est renvoyée dans son pays d'origine.

[76] Le fait qu'il y a peu de discrimination à l'égard des sikhs en Inde et que les sikhs n'ont généralement pas de difficulté à déménager dans d'autres régions de l'Inde (guide sur l'Inde, aux paragraphes 36 et 47), ou que le gouvernement pakistanais persécute de manière proactive les ahmadis (guide sur le Pakistan, au paragraphe 33), par exemple, ne repose pas sur les antécédents personnels du demandeur d'asile. C'est précisément pourquoi ces déterminations factuelles vont généralement s'appliquer aux demandeurs d'asile dont la situation est similaire. Comme la Cour fédérale l'a souligné dans la décision *Barrantes c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 518, « il ne serait pas acceptable qu'une organisation qualifiée de terroriste par un membre

is obviously a far cry from requiring members to adopt particular factual conclusions pertaining to a specific claimant. At the end of the day, Board members are always free to accept or reject the reasoning used in a JG when applying it to the unique personal narrative of the claimant before them.

[77] Second, the public nature of the JGs is to be contrasted with the behind-closed-doors consultations between members, on a specific case, that were reviewed in *Consolidated-Bathurst* and *Ellis-Don*. The JGs are meant to apply to all claimants originating from the same country to which they are directed and whose situation broadly raise the same issues. They are also clearly identified and posted on the I.R.B. website, and are readily available to all claimants and their counsel. They are therefore much less susceptible to give rise to an apprehension of coercion or to a perception of interference by superiors.

[78] Third, and more importantly, Board members remain free to decide cases on the basis of their own assessment of the facts and of the evidence before them. I agree with the Federal Court that the Nigeria JG is more explicit than the other three in making clear that each case must be decided on its particular facts. This is not, however, the critical factor explaining why the Pakistan, India and China JGs did not pass muster and were found to improperly pressure Board members to adopt the factual determinations made in the identified decisions. In the Federal Court's view, it is the statement in the policy notes that accompanied these last mentioned JGs, to the effect that "RPD and RAD members are expected to apply [JGs] in cases with similar facts or provide reasoned justifications for not doing so", that was problematic (Reasons, at paragraph 141). In my view, this reasoning is questionable for a number of reasons. Yet, it bears noting that all the policy notes, including the one accompanying the Nigeria JG, used the exact same language that was found derogatory by the Federal Court.

du tribunal soit considérée par un autre membre comme un organisme non gouvernemental de bienfaisance » (au paragraphe 12). Ce n'est pas comme demander à des commissaires d'adopter des conclusions de fait précises concernant un demandeur d'asile en particulier. En fin de compte, les commissaires sont toujours libres d'accepter ou de rejeter le raisonnement utilisé dans un guide jurisprudentiel lorsqu'ils l'appliquent au récit personnel et unique du demandeur d'asile qui comparait devant eux.

[77] Deuxièmement, il convient d'établir une distinction entre la nature publique des guides jurisprudentiels et les consultations que mènent des commissaires derrière des portes closes, sur une affaire en particulier, et dont on a fait mention dans les arrêts *Consolidated-Bathurst* et *Ellis-Don*. Les guides jurisprudentiels sont censés s'appliquer à tous les demandeurs d'asile originaires du pays sur lequel ils portent, et dont la situation soulève en règle générale les mêmes questions. Ils sont aussi clairement identifiés et affichés sur le site Web de la C.I.S.R., et sont facilement accessibles à tous les demandeurs d'asile et à leurs avocats. Par conséquent, ils sont moins susceptibles de donner ouverture à une crainte de coercition ou à une perception d'ingérence de la part de supérieurs.

[78] Troisièmement, et c'est un aspect encore plus important, les commissaires demeurent libres de statuer sur une affaire en fonction de leur propre appréciation des faits et des éléments de preuve qui leur ont été présentés. Je suis d'accord avec la Cour fédérale que le guide jurisprudentiel sur le Nigéria est plus explicite que les trois autres guides, et indique clairement que les commissaires doivent prendre leurs propres décisions sur la base des faits particuliers de l'affaire. Toutefois, ce n'est pas là la raison pour laquelle l'on a conclu que les guides jurisprudentiels sur le Pakistan, l'Inde et la Chine n'étaient pas acceptables et avaient pour effet d'exercer des pressions indues sur les commissaires pour qu'ils adoptent les déterminations factuelles incluses dans les décisions désignées. De l'avis de la Cour fédérale, c'est la déclaration contenue dans les notes de politique accompagnant ces trois guides jurisprudentiels, selon laquelle « les commissaires de la [Section de la protection des réfugiés] et de la [Section d'appel des réfugiés] doivent appliquer les guides jurisprudentiels aux cas comportant des faits semblables ou justifier leur décision de

[79] That being said, and despite the importance given to the language of the policy notes, it appears that the Federal Court's finding of improper pressure on Board members rests on a constellation of factors. In his penultimate paragraph devoted to the assessment of the Pakistan JG (which is relied upon for the assessment of the India and China JG), the Chief Justice writes [at paragraph 151]:

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

[80] In my view, these comments are disputable for the following reasons.

[81] As noted by the respondent, members do not know at the time they are writing a decision that it will be designated as a JG (Kipling affidavit, at paragraphs 17–39; appeal book, pages 1664–1670). As a result, I fail to see how one could expect to see a *caveat* to the effect

s'en écarter, le cas échéant" », qui posait problème (motifs, au paragraphe 141). Je constate pour ma part que ce raisonnement est discutable sous plusieurs aspects. Pourtant, il convient de souligner que toutes les notes de politique, y compris celles accompagnant le guide jurisprudentiel sur le Nigéria, utilisaient les mêmes termes, jugés dérogoires par la Cour fédérale.

[79] Cela dit, et malgré l'importance accordée au libellé des notes de politique, il semble que la conclusion de la Cour fédérale relative aux pressions indues exercées sur les commissaires repose sur une constellation de facteurs. Dans son avant-dernier paragraphe consacré à l'évaluation du guide jurisprudentiel sur le Pakistan (qui a servi pour l'évaluation des guides jurisprudentiels sur l'Inde et la Chine), le juge en chef a écrit ce qui suit [au paragraphe 151] :

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

[80] Selon moi, ces remarques sont discutables pour les raisons suivantes.

[81] Comme l'a souligné l'intimé, les commissaires ne savent pas au moment de rédiger les motifs d'une décision qu'elle sera désignée comme guide jurisprudentiel (affidavit de M. Kipling, aux paragraphes 17 à 39; dossier d'appel, pages 1664 à 1670). Par conséquent, je ne

that any future decision maker considering the decision as a potential precedent must base its decision on the particular facts and circumstances of the case, or why the absence of such *caveat* should disqualify that decision as a potential JG. In any event, I am not persuaded that there is such a stark contrast between the Nigeria JG and the three others in this respect.

[82] The Pakistan JG itself noted that it is not for the RPD or the RAD to determine “whether every Ahmadi would be a refugee” (appeal book, page 660). The India JG also discusses a review of the documentary evidence “in the present case” and the “personal situation” of the claimants (appeal book, pages 623 and 627). The China JG makes it clear that there is “insufficient evidence in the present case” to establish that the smuggler bribed individuals at each of the security layers in place. However, the finding in another case that bribing one person with a computer would be sufficient “is not applicable in the circumstances of this case” (appeal book, page 639).

[83] I agree with the Chief Justice that the evidence as to whether decision makers have considered themselves bound to follow the JGs must be assessed in addition to other factors. Such factors have been described by the Chief Justice as “the language of the document, whether there are any actual or reasonably perceived sanctions or other adverse consequences for non-compliance, and how the document is likely to be reasonably apprehended by a member of the public” (Reasons, at paragraph 106).

[84] With respect to the language of the document, the Chief Justice made much of the contrast between the “mandatory language” of the Pakistan, India, and China JGs and the “cautionary language” of the Nigeria JG which, in his view, “makes it abundantly clear that each case must be decided on its particular facts” (Reasons, at paragraph 119). With all due respect, I am unable to

vois pas comment l’on pourrait considérer comme une mise en garde le fait que tout futur décideur considérant la décision comme un précédent potentiel doit fonder sa décision sur les faits et circonstances propres à l’affaire, ou pourquoi l’absence d’une telle mise en garde devrait disqualifier cette décision en tant que guide jurisprudentiel potentiel. Quoi qu’il en soit, je ne suis pas convaincu qu’il existe un contraste aussi net entre le guide jurisprudentiel sur le Nigéria et les trois autres guides à cet égard.

[82] L’on soulignait dans le guide jurisprudentiel sur le Pakistan que ce n’est pas à la Section de la protection des réfugiés ni à la Section d’appel des réfugiés de déterminer si [TRADUCTION] « chaque ahmadi serait un réfugié » (dossier d’appel, page 660). Le guide jurisprudentiel sur l’Inde traite également d’un examen de la preuve documentaire « en l’espèce » et de la « situation personnelle » des demandeurs (dossier d’appel, pages 623 et 627). Le guide jurisprudentiel sur la Chine indique clairement qu’« il n’y a pas suffisamment d’éléments de preuve en l’espèce » pour établir que le passeur a soudoyé des personnes à chaque point de contrôle de sécurité en place. Toutefois, la conclusion donnée dans une autre décision, selon laquelle le fait de soudoyer une personne ayant accès au système informatique suffirait, « ne s’applique pas en l’espèce » (dossier d’appel, page 639).

[83] Je suis d’accord avec le juge en chef que les éléments de preuve permettant de déterminer si les décideurs se considéraient comme obligés de suivre les guides jurisprudentiels doivent être examinés avec d’autres facteurs. Ces facteurs ont été décrits par le juge en chef comme étant « le libellé du document, l’existence éventuelle de sanctions ou d’autres conséquences défavorables réelles ou raisonnablement perçues comme telles en cas de non-respect, et la manière dont le document est susceptible d’être raisonnablement perçu par un membre du public » (motifs, au paragraphe 106).

[84] En ce qui concerne le libellé du document, le juge en chef a surtout insisté sur la différence entre le « caractère impératif du libellé » des guides jurisprudentiels sur le Pakistan, l’Inde et la Chine, et la mise en garde du guide jurisprudentiel sur le Nigéria qui, à son avis, « indique clairement que chaque affaire doit être tranchée en fonction de ses faits particuliers » (motifs, au

grasp how the statement that “RPD and RAD members are expected to apply [JGs] in cases with similar facts or provide reasoned justifications for not doing so” is crucially different from a mere invitation or encouragement for a Board member to take into account factual guidance. Yet, the Chief Justice is of the view that the former crosses the line because the language used “may be reasonably apprehended by decision makers or members of the general public to have the likely effect of either pressuring independent decision makers to make particular factual findings or attenuating their impartiality in this regard” (Reasons, at paragraph 95). It seems to me this is a distinction without a difference: in either cases, it is understood that the departure from a JG will be reasonable if justified, that is, when the decision maker has provided proper reasons for doing so. Indeed, as previously mentioned at paragraph 68 above, it is incumbent upon any decision maker to explain why longstanding practices or established internal decisions are not followed.

[85] As for the effect of the impugned JGs in practice, I find that the evidence, as it was presented by the Chief Justice, does not establish on a balance of probabilities that Board members feel pressured as to how they should conduct themselves. The Chief Justice himself notes that there is “no evidence that Board members would face sanctions or other adverse consequences for not applying any of the impugned JGs” (Reasons, at paragraph 134), and that the statistics “implicitly demonstrate that not all Board members are blindly following the JGs” (Reasons, at paragraph 136). “[C]ommon experience”, to use the Chief Justice’s words, is not sufficient to establish undue pressure, especially in the context of a quasi-judicial tribunal such as the I.R.B.

[86] In that respect, it is worth reiterating that the word “guide” itself connotes the idea of a general norm, or a

paragraphe 119). Avec tout mon respect, je ne peux voir comment la déclaration selon laquelle « les commissaires de la [Section de la protection des réfugiés] et de la [Section d’appel des réfugiés] doivent appliquer les guides jurisprudentiels aux cas comportant des faits semblables ou justifier leur décision de s’en écarter, le cas échéant » est si différente d’une simple invitation ou d’un simple encouragement à tenir compte des directives factuelles. Pourtant, le juge en chef est d’avis que cette déclaration franchit la ligne de démarcation parce que le libellé employé « peut être raisonnablement perçu par les décideurs ou les membres du grand public comme ayant un effet probable de pression sur des décideurs indépendants afin qu’ils tirent des conclusions de fait précises ou d’atténuation de leur impartialité à cet égard » (motifs, au paragraphe 95). Selon moi, cette distinction ne fait pas de différence : dans un cas comme dans l’autre, l’on comprend que tout écart par rapport au guide jurisprudentiel sera raisonnable s’il est justifié, c’est-à-dire si le décideur fournit des motifs appropriés de s’en écarter. En fait, comme je l’ai mentionné au paragraphe 68 qui précède, il incombe au décideur d’expliquer pour quelle raison il déroge à une pratique de longue date ou à une jurisprudence interne établie.

[85] Quant à l’effet des guides jurisprudentiels contestés dans la pratique, j’estime que les éléments de preuve, tels qu’ils ont été présentés par le juge en chef, ne permettent pas d’établir, selon la prépondérance des probabilités, que les commissaires subissaient des pressions quant à la conduite qu’on attendait d’eux. Le juge en chef souligne lui-même qu’il n’y a « aucune preuve que les commissaires s’exposeraient à des sanctions ou à d’autres conséquences défavorables s’ils n’appliquaient aucun des guides jurisprudentiels contestés » (motifs, au paragraphe 134), et que les statistiques « démontrent aussi implicitement que ce ne sont pas tous les commissaires [*sic*] qui suivent aveuglément les guides jurisprudentiels » (motifs, au paragraphe 136). L’« expérience commune », pour reprendre les propos du juge en chef, ne suffit pas à établir l’existence de pressions indues, surtout dans le contexte d’un tribunal quasi judiciaire comme la C.I.S.R.

[86] À cet égard, il convient de répéter que le terme « guide » lui-même rappelle l’idée d’une norme générale,



tool, not meant to determine the result of any particular case: *Thamotharem*, at paragraph 66. This notion is reinforced by the *Policy on the Use of Jurisprudential Guides* that was in force at the time of the designation of each of the four JGs, which states that “[m]embers are expected to follow the reasoning in a decision identified as a [JG] to the extent set out in the accompanying statement, unless there is a reason not to do so, where the facts underlying the decision are sufficiently close to those in the case being decided to justify the application of the reasoning in the [JG]” (appeal book, page 1682). Moreover, and quite apart from this Policy and the various policy notes accompanying the designated JGs, Board members should be expected to know the well established legal principle that soft law tools such as guidelines are non-binding. It appears from Mr. Kipling’s affidavit that Board members are instructed on the appropriate use of JGs (appeal book, page 1674), and the training material cautions that “reliance on the findings of another panel must be limited, careful and justified” and that “[t]he panel’s reasons must demonstrate that all material circumstances of the particular case were considered” (appeal book, page 1852).

[87] As for the statistics cited by the Federal Court tending to show that a substantial percentage of the Board’s members are following the impugned JGs, they are at best inconclusive. Not only are the JGs not always explicitly referred to in the decisions, making it difficult to determine the proportion of cases in which they were actually followed, but in those cases when they are cited, they are far from being blindly followed. In the case of the India Guide, for example, members opted not to apply it in 49 percent of the decisions that cite the JG, according to a Jurisprudential Guide Monitoring dated April 2018. Those members choosing not to apply it are often doing so on the basis of existing objective documentary evidence (appeal book, page 983). Considering the unclear nature of the statistical information, it would

ou d’un outil, n’ayant pas pour but de dicter invariablement le résultat de la question à régler : arrêt *Thamotharem*, au paragraphe 66. Cette notion est renforcée par la *Politique sur l’utilisation de guides jurisprudentiels* qui était en vigueur au moment de la désignation de chacun des quatre guides jurisprudentiels, où il est possible de lire que l’on [TRADUCTION] « s’attend des commissaires à ce qu’ils suivent le raisonnement exposé dans une décision qui sert de guide jurisprudentiel, conformément au texte d’accompagnement, à moins qu’il n’existe une raison de ne pas le faire, lorsque les faits sous-jacents ressemblent suffisamment à l’affaire qui doit être tranchée pour justifier l’application du raisonnement du guide jurisprudentiel » (dossier d’appel, page 1682). Qui plus est, outre cette politique et les diverses notes de politique accompagnant les guides jurisprudentiels désignés, les commissaires devraient connaître le principe juridique bien établi selon lequel les instruments tels que les directives sont non contraignants. Il semble d’après l’affidavit de M. Kipling que les commissaires sont informés de l’utilisation appropriée des guides jurisprudentiels (dossier d’appel, page 1674), et que les documents de formation soulignent qu’[TRADUCTION] « un tribunal ne peut s’appuyer sur les conclusions d’un autre tribunal que d’une manière restreinte, réfléchie et justifiée » et que [TRADUCTION] « les motifs du tribunal doivent démontrer que toutes les circonstances matérielles propres à l’affaire ont été prises en considération » (dossier d’appel, page 1852).

[87] Quant aux statistiques citées par la Cour fédérale tendant à démontrer qu’un pourcentage substantiel des commissaires suivent les guides jurisprudentiels contestés, elles sont au mieux peu concluantes. Non seulement les guides jurisprudentiels ne sont pas toujours explicitement cités dans les décisions, ce qui fait qu’il est difficile de déterminer dans quelle proportion des décisions ils sont réellement suivis, mais, lorsqu’ils sont cités, ils sont loin d’être suivis aveuglément. Dans le cas du guide sur l’Inde, par exemple, les commissaires ont choisi de ne pas l’appliquer dans 49 p. 100 des décisions qui citent le guide jurisprudentiel, selon un suivi des guides jurisprudentiels daté d’avril 2018. Ces commissaires qui choisissent de ne pas l’appliquer le font souvent en raison de l’existence d’éléments de preuve documentaire



be risky and presumptuous to draw any kind of firm conclusion as to the impact of JGs on members' adjudicative independence, real or perceived. The considerable number of RAD and RPD decisions postdating the China, Pakistan and India JGs similarly reveal that members exercise their discretion in deciding refugee cases and do not shy away from conducting their own analysis and distinguishing the facts when appropriate.

[88] For all of the above reasons, I am of the view that the impugned JGs do not unlawfully fetter the Board members' independence. They simply put claimants on notice that the current existing conditions seem to suggest certain conditions in a given country, without providing a definitive assessment of the facts and without preventing claimants and their counsel from distinguishing their particular circumstances.

[89] That being said, I am sensitive to the fact that JGs on findings of fact are fraught with risks and difficulties, as the repeal of three of them abundantly shows. Country conditions, by their very nature, are bound to change, and in some critical circumstances at an accelerated pace, with potentially dramatic consequences for refugee claimants. Even if JGs are closely monitored, as suggested by Mr. Kipling in his affidavit (appeal book, page 1673), the prejudice suffered by refugee claimants whose claims were decided on the basis of a JG that was eventually repealed cannot be minimized. In cases where a deportation order is issued and carried out, in particular, the prejudice may prove to be irreparable.

[90] Such a possibility obviously calls for the utmost vigilance from counsel representing claimants, and for the need on their part to act with the highest standard of professionalism and thoroughness. Compliance with

objectifs (dossier d'appel, page 983). Considérant la nature équivoque des données statistiques, il serait risqué et présomptueux de tirer quelque conclusion ferme que ce soit quant à l'incidence, réelle ou perçue, des guides jurisprudentiels sur l'indépendance décisionnelle des commissaires. Le nombre considérable de décisions de la Section d'appel des réfugiés et de la Section de la protection des réfugiés postérieures aux guides jurisprudentiels sur la Chine, le Pakistan et l'Inde révèle également que les commissaires exercent leur pouvoir discrétionnaire lorsqu'ils rendent des décisions relatives à des demandes d'asile, et qu'ils n'hésitent pas à mener leur propre analyse et à opérer une distinction entre différents faits, le cas échéant.

[88] Pour toutes les raisons qui précèdent, je suis d'avis que les guides jurisprudentiels contestés n'entravent pas illégalement l'indépendance des commissaires. Ils informent simplement les demandeurs d'asile que les conditions existantes actuelles semblent indiquer que certaines conditions existent dans un pays donné, sans fournir une évaluation définitive des faits, et sans interdire aux demandeurs d'asile et à leurs avocats d'expliquer comment leur situation personnelle se distingue à cet égard.

[89] Cela dit, je suis sensible au fait que les guides jurisprudentiels comportant des conclusions de fait présentent des risques et des difficultés, comme le démontre amplement la révocation de trois d'entre eux. Par sa nature même, la situation dans un pays est vouée à changer, parfois à un rythme accéléré en raison de circonstances graves, ce qui peut avoir des conséquences potentiellement dramatiques pour les demandeurs d'asile. Même si les guides jurisprudentiels sont surveillés de près, comme l'a laissé entendre M. Kipling dans son affidavit (dossier d'appel, page 1673), le préjudice subi par les demandeurs d'asile dont la demande a été tranchée en fonction d'un guide jurisprudentiel qui a été en bout de ligne révoqué ne peut être minimisé. Dans les cas où une mesure d'expulsion est prise et exécutée, en particulier, le préjudice peut se révéler irréparable.

[90] Une telle possibilité commande, c'est certain, la plus grande vigilance de la part des avocats représentant les demandeurs d'asile, et nécessite qu'ils agissent selon les normes les plus élevées de professionnalisme

the highest standards is essential to ensure that valid claims are not tossed out mistakenly, either as a result of a mistaken reading of the existing country condition or of factual developments that have been overlooked. Unfortunately, many refugee claimants are not represented by counsel and are ill-equipped to make their case and especially to distinguish their personal circumstances from those identified in a JG.

[91] This is why the decision to designate a JG should be taken with the utmost caution. It is not for courts to devise a system whereby the risk of mistake will be, if not eliminated, at least reduced to a minimum. Adjudicative decision makers, however, must always use their discretionary powers wisely, and strive to avoid sacrificing fairness to consistency and expediency.

*D. Does the cumulative effect of the facts and context surrounding the promulgation of the Nigeria JG give rise to a reasonable apprehension of bias?*

[92] The appellant contends that the cumulative effect of the facts and context surrounding the issuance of the Nigeria JG gives rise to a reasonable apprehension of bias. In support of its submission, the appellant raises the high degree of involvement from the Acting Deputy Chairperson of the RAD who: (1) first noticed a high volume of cases from Nigerian claimants; (2) sat on the RAD Professional Development and Adjudicative Committee; and (3) wrote the memo explaining the rationale for designating RAD decision TB7-19851, authored by Member Gamble as a JG.

[93] Of concern is also the lack of clarity with regard to how Member Gamble came to write the decision, either voluntarily or not. Her decision, says the appellant, is inexplicably broad and extends to the availability of IFAs in cities that had not been proposed to the claimant

et de rigueur. Le respect des normes les plus élevées est essentiel pour s'assurer de ne pas rejeter par erreur des demandes valables, soit à la suite d'une interprétation erronée de la situation existante dans le pays ou en raison de faits nouveaux qui auraient été omis. Malheureusement, bon nombre de demandeurs d'asile ne sont pas représentés par un avocat et sont mal outillés pour défendre leur cause et surtout établir une distinction entre leur situation personnelle et la situation décrite dans un guide jurisprudentiel.

[91] C'est pourquoi la décision de désigner un guide jurisprudentiel devrait être prise avec la plus grande prudence. Il ne revient pas aux tribunaux de concevoir un système où le risque d'erreur sera, s'il n'est pas éliminé, tout au moins réduit au minimum. Toutefois, les instances juridictionnelles doivent en tout temps exercer leurs pouvoirs discrétionnaires avec sagesse, et s'efforcer d'éviter de favoriser la cohérence et l'opportunité au détriment de l'équité.

*D. L'effet cumulé des faits et du contexte entourant la promulgation du guide jurisprudentiel sur le Nigéria donne-t-il ouverture à une crainte raisonnable de partialité?*

[92] L'appelante soutient que l'effet cumulé des faits et du contexte entourant la promulgation du guide jurisprudentiel sur le Nigéria donne ouverture à une crainte raisonnable de partialité. Pour appuyer son argument, l'appelante fait état du fort degré de participation de la vice-présidente par intérim de la Section d'appel des réfugiés qui a : 1) remarqué en premier le volume élevé de demandes provenant de demandeurs d'asile nigériens; 2) pris part aux réunions du Comité sur le perfectionnement professionnel et la stratégie décisionnelle de la Section d'appel des réfugiés; 3) rédigé la note expliquant les raisons invoquées pour la désignation de la décision TB7-19851, rédigée par la commissaire Gamble, en tant que guide jurisprudentiel.

[93] Le manque de précision concernant les raisons ayant amené la commissaire Gamble à rédiger la décision, de façon volontaire ou non, est également préoccupant. Sa décision, affirme l'appelante, a une portée inexplicablement très grande, et va jusqu'à aborder la

by the RPD. Also, the fact that the Chairperson reviewed and commented on draft reasons runs counter to the Chairperson's sole authority to identify decisions as JGs. Finally, the lack of consultation of the immigration and refugee bar contributes to the appearance of bias.

[94] As argued by the appellant, there is no doubt that a reasonable apprehension of bias can arise as a result of the structure of a decision-making body or the way it operates, even if the actions or words of an individual decision maker are blameless. As the Supreme Court stated in *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2003 SCC 45, [2003] 2 S.C.R. 259, at paragraph 67, the requirement that justice should not only be done but be seen to be done “envisions the possibility that a decision-maker may be totally impartial in circumstances which nevertheless create a reasonable apprehension of bias, requiring his or her disqualification”. What the appellant is claiming, in essence, is that the circumstances surrounding the origin, planning and promulgation of the Nigeria JG create a reasonable apprehension of bias, regardless of whether Member Gamble acted impartially when drafting her decision.

[95] All of the arguments raised by the appellant before this Court reflect, for the most part, arguments made before the Federal Court. For the reasons that follow, I am of the view that they were properly dismissed and that the manner in which the Nigeria JG was selected does not give rise to a reasonable apprehension of bias. When viewed from the objective perspective of the reasonable person, I do not think that the circumstances referred to by the appellant would create a reasonable apprehension of bias.

[96] The Federal Court appropriately found that there was no evidence to suggest that the Chairperson made any attempt to identify the decision as a JG before it was

question de l'existence de possibilité de refuge intérieur dans des villes que la Section de la protection des réfugiés n'avait pas proposées à la demanderesse. De plus, le fait que le président ait examiné et commenté le projet de motifs est contraire à l'idée que le président est le seul autorisé à désigner des décisions comme guides jurisprudentiels. Enfin, l'absence de consultations auprès des avocats spécialisés en droit de l'immigration et des réfugiés contribue à l'apparence de partialité.

[94] Comme l'a soutenu l'appelante, il ne fait aucun doute qu'une crainte raisonnable de partialité peut naître en raison de la structure d'un organisme décisionnel ou de son mode de fonctionnement, même si les gestes ou les paroles des décideurs sont sans reproche. Comme la Cour suprême l'a affirmé dans l'arrêt *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2003 CSC 45, [2003] 2 R.C.S. 259, au paragraphe 67, la norme selon laquelle la justice doit non seulement être rendue, mais doit être rendue aux yeux de tous « envisage qu'un décideur puisse être totalement impartial dans des circonstances faisant néanmoins naître une crainte raisonnable de partialité requérant qu'il soit déclaré inhabile ». Ce que l'appelante prétend, essentiellement, c'est que les circonstances entourant l'origine, la planification et la promulgation du guide jurisprudentiel sur le Nigéria créent une crainte raisonnable de partialité, peu importe que la commissaire Gamble ait ou non agi de manière impartiale quand elle a rédigé sa décision.

[95] Tous les arguments soulevés par l'appelante devant notre Cour sont le reflet, pour la plupart, des arguments présentés devant la Cour fédérale. Pour les raisons qui suivent, je suis d'avis que ces arguments ont été rejetés à juste titre, et que la manière avec laquelle le guide jurisprudentiel sur le Nigéria a été sélectionné ne donne pas ouverture à une crainte raisonnable de partialité. Quand on examine les circonstances auxquelles l'appelante fait référence du point de vue objectif de la personne raisonnable, je ne peux affirmer qu'elles créent une crainte raisonnable de partialité.

[96] La Cour fédérale a à juste titre conclu qu'il n'existait aucun élément de preuve laissant croire que le président ait tenté de désigner la décision comme guide

finalized or to interfere with the Board member's discretion in coming to her own conclusions. Indeed, the decision was identified as a JG long after the member issued her decision. The evidence shows that in July 2017, the Board members were asked by the Acting Chairperson "to consider what types of appeals could benefit from a RAD JG. If you are working on a set of reasons that you feel could be a good candidate for a JG, please raise that with your ADC or the member in your region who sits on the Adjudication Strategy Committee" (appeal book, page 1699). Obviously, such an invitation does not, in and of itself, interfere with a Board member's independence, and does not affect the Chairperson's discretion to identify a decision as a JG.

[97] Consistent with that invitation, Member Gamble sent a draft of her decision to the Acting Deputy Chairperson on May 9, 2018. On May 10, 2018, the Acting Deputy Chairperson sent a draft policy language to the Acting Chairperson. On May 17, 2018, Member Gamble finalized her decision. On June 13, 2018, the Acting Deputy Chairperson and Deputy Chairperson were still drafting language for a policy note. On June 19, 2018, the Acting Deputy Chairperson wrote a memo recommending the designation of Member Gamble's decision as a JG. On July 6, 2018, almost two months after it was finalized, Member Gamble's decision was formally identified by the Acting Chairperson as a JG. There is no evidence that Member Gamble did not reach her decision independently of any influence or that there was improper consultation. Nor is there any evidence that the Chairperson's involvement in the matter went beyond reviewing language for a policy note that was finalized long after the decision was released. In my view, the appellant has failed to demonstrate that the Federal Court was wrong in concluding that the decision was independently made and that Member Gamble was not the subject of any kind of pressure or influence in arriving at her conclusions.

jurisprudentiel avant qu'elle n'ait été complétée, ou d'empêcher sur le pouvoir discrétionnaire de la commissaire l'autorisant à tirer ses propres conclusions. En effet, la décision a été désignée comme guide jurisprudentiel longtemps après que la commissaire eut rendu sa décision. L'élément de preuve montre qu'en juillet 2017, le président par intérim a demandé aux commissaires [TRADUCTION] « de voir quels types d'appels pourraient bénéficier d'un guide jurisprudentiel de la Section d'appel des réfugiés. Si vous travaillez sur un ensemble de motifs de décision qui vous semble un bon candidat pour être désigné comme guide jurisprudentiel, veuillez en parler avec votre vice-président adjoint ou avec le commissaire de votre région qui siège au comité sur la stratégie décisionnelle » (dossier d'appel, page 1699). Il est manifeste qu'une telle invitation ne porte pas, en soi, atteinte à l'indépendance des commissaires, et n'influe pas sur le pouvoir discrétionnaire du président de désigner une décision en tant que guide jurisprudentiel.

[97] Conformément à cette invitation, la commissaire Gamble a envoyé un projet de sa décision à la vice-présidente par intérim, le 9 mai 2018. Le 10 mai 2018, la vice-présidente par intérim a fait parvenir un projet de note de politique au président par intérim. Le 17 mai 2018, la commissaire Gamble a mis la touche finale à sa décision. Le 13 juin 2018, la vice-présidente par intérim et la vice-présidente travaillaient toujours à la rédaction d'un projet de note de politique. Le 19 juin 2018, la vice-présidente par intérim a rédigé une note recommandant que la décision de la commissaire Gamble soit désignée comme guide jurisprudentiel. Le 6 juillet 2018, près de deux mois après avoir été complétée, la décision de la commissaire Gamble a officiellement été désignée par le président par intérim comme guide jurisprudentiel. Il n'existe aucun élément de preuve que la commissaire Gamble n'a pas rendu sa décision indépendamment de toute influence, ou que les consultations n'étaient pas appropriées. Il n'existe également aucune preuve que le président ait fait plus que simplement examiner le libellé d'une note de politique, laquelle a été complétée longtemps après la publication de la décision. À mon avis, l'appelante n'a pas réussi à démontrer que la Cour fédérale a commis une erreur quand elle a conclu que la décision a été rendue de manière indépendante et que la

[98] There is also no indication in the record tending to show that the Board member improperly consulted other members while she was deliberating, or that the circulation of draft reasons to other members for their comments was not voluntary. At the deliberation stage, members are not precluded from consulting other members with more experience to ensure consistency in decision making. The Federal Court appropriately found that the review process was entirely consistent with the principles set out in *Consolidated-Bathurst* and *Ellis-Don*. While the Acting Deputy Chairperson reviewed drafts of the member's decision, under the IRPA, the Chairperson and Deputy Chairperson are also members of the RAD and paragraph 159(1)(h) does not prohibit them from suggesting changes to a draft at a deliberative stage.

[99] As for paragraph 13 of Member Gamble's decision, which broadens the availability of IFAs to cities that had not been proposed to the claimant by the RPD, I see nothing improper here and certainly no support for the claim that the decision was pre-selected. The Board member specifically made reference to the record before her and to the possibility of available IFAs in other cities. The RAD notes that while in the appellant's case, the availability of an IFA in Ibadan and Port Harcourt was determinative, a review of the record demonstrates the availability of an IFA in other cities as well, for persons in the appellant's situation. Paragraphs 13, 16, and 21 of the decision are not findings of fact but rather *obiter* comments that merely suggest a framework for analysis and make it clear that a particular claimant's specific circumstances and allegations must still be considered.

[100] The Chairperson's objectives in issuing the Nigeria JG were perfectly legitimate, and rationally linked to the selected decision. As found by the Federal

commissaire Gamble n'a fait l'objet d'aucune pression ou influence pour en arriver à ses conclusions.

[98] Il n'y a également rien au dossier tendant à démontrer que la commissaire a de manière inappropriée consulté d'autres commissaires pendant qu'elle délibérait, ou que la communication du projet de motifs à d'autres commissaires afin d'obtenir leurs commentaires n'était pas volontaire. À l'étape des délibérations, il n'est pas interdit aux commissaires de consulter d'autres commissaires ayant plus d'expérience, afin de garantir une uniformité dans la prise de décisions. La Cour fédérale a conclu à juste titre que le processus d'examen était entièrement conforme aux principes énoncés dans les arrêts *Consolidated-Bathurst* et *Ellis-Don*. Même si la vice-présidente par intérim a examiné les projets de décision de la commissaire, aux termes de la LIPR, le président et le vice-président sont également membres de la Section d'appel des réfugiés, et l'alinéa 159(1)h ne leur interdit pas de suggérer des changements à un projet de décision à l'étape des délibérations.

[99] Quant au paragraphe 13 de la décision de la commissaire Gamble, qui élargit l'existence de possibilité de refuge intérieur à des villes que la Section de la protection des réfugiés n'avait pas proposées à la demanderesse, je n'y vois rien d'inapproprié et surtout rien qui appuierait l'idée que la décision a été présélectionnée. La commissaire a précisément fait référence au dossier qui lui a été soumis et à la possibilité qu'il existe des possibilités de refuge intérieur dans d'autres villes. La Section d'appel des réfugiés souligne que, même si, dans le cas de l'appelante, l'existence d'une possibilité de refuge intérieur à Ibadan et à Port Harcourt a été déterminante, un examen du dossier démontre qu'il existait également une possibilité de refuge intérieur dans d'autres villes pour une personne dans la situation de l'appelante. Les paragraphes 13, 16 et 21 de la décision ne constituent pas des conclusions de fait, mais plutôt des remarques incidentes portant simplement sur un cadre d'analyse, et on y indique clairement qu'il faut toujours tenir compte de la situation et des allégations d'un demandeur en particulier.

[100] Les objectifs du président quand il a publié le guide jurisprudentiel sur le Nigéria étaient tout à fait légitimes et liés de façon rationnelle à la décision

Court, nothing suggests that the expressly stated goal of conducting “more focused hearings” and its corollary, the assessment of IFAs without having first to decide the credibility of a claimant’s allegations of persecution, are a disguised attempt at reducing the rate of acceptance of refugee claims by persons of Nigerian origin, as was the case in *Kozak v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 124, [2006] 4 F.C.R. 377 (*Kozak*), with respect to refugee claims by Hungarian Roma. There is no evidence that the Board was looking for quick dismissals of refugee claims by persons of Nigerian origin, as opposed to streamlining the process by reducing the length of hearing time and the time spent writing or rendering oral reasons.

[101] Finally, I do not find that the lack of consultation with the immigration and refugee bar prior to the issuance of the Nigeria JG is contributive of an appearance of bias. I have already explained that no such consultation is required by the IRPA (see paragraph 26 above). In *Kozak*, this Court admittedly saw in the lack of consultation of the immigration and refugee bar one element pointing to bias in the context of a lead case. But as noted in that decision, a lead case is different from a JG in that it is planned and organized before the case is heard, whereas a decision is identified as a JG after it has been rendered. Moreover, it is clear that the lack of consultation in that case was but one factor leading to the conclusion that the hearing panel was biased and not acting independently. This Court notably put great emphasis on the leading role of one of the two panel members in initiating and planning the impugned lead case. As the Court stated, “[t]he Board’s selection of the lawyer and of the lead cases may be seen as part of Board management’s response to the concerns of CIC about the Board’s previous positive decisions and its future handling of a large number of Hungarian Roma claims” (*Kozak*, at paragraph 63). None of these concerns arise in the present case and, therefore, I find that *Kozak* is distinguishable.

sélectionnée. Comme l’a conclu la Cour fédérale, rien ne laisse croire que l’objectif explicitement énoncé, soit de faciliter « des audiences plus ciblées », et son corollaire, soit de pouvoir passer à l’évaluation des possibilités de refuge intérieur sans devoir d’abord trancher la question de la crédibilité des allégations de persécution du demandeur d’asile, représentent une tentative déguisée de réduire la proportion des demandes d’asile de personnes originaires du Nigéria qui sont acceptées, comme c’était le cas dans l’arrêt *Kozak c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CAF 124, [2006] 4 R.C.F. 377 (arrêt *Kozak*), concernant les demandes d’asile de Roms hongrois. Il n’existe aucun élément de preuve que la Commission cherchait un moyen de rejeter rapidement les demandes d’asile de personnes originaires du Nigéria, plutôt qu’une façon de rationaliser le processus en réduisant la durée des audiences et le temps consacré à la rédaction ou au prononcé de motifs de décision.

[101] Enfin, je ne peux conclure que l’absence de consultations auprès des avocats spécialisés en droit de l’immigration et des réfugiés avant la publication du guide jurisprudentiel sur le Nigéria contribue à une apparence de partialité. J’ai déjà expliqué que la LIPR n’exige pas de telles consultations (voir le paragraphe 26 des présents motifs). Avant de se prononcer dans l’arrêt *Kozak*, notre Cour a sans conteste vu dans l’absence de consultations auprès d’avocats spécialisés en droit de l’immigration et des réfugiés un élément pointant vers une partialité dans le contexte d’une cause type. Mais comme je l’ai souligné, une cause type n’est pas un guide jurisprudentiel; la cause type est planifiée et organisée avant que l’affaire ne soit entendue, alors qu’une décision est désignée comme guide jurisprudentiel après avoir été rendue. De plus, il est clair que l’absence de consultation dans cette affaire ne constituait qu’un des facteurs ayant mené à la conclusion que la formation était partielle et n’avait pas agi de manière indépendante. Notre Cour a accordé beaucoup d’importance au rôle de premier plan qu’a joué un des deux membres de la formation lors de la création et de la planification de la cause type contestée. Comme la Cour l’a affirmé, « [l]e choix, par la Commission, de l’avocat et des causes types pourrait être considéré comme une partie de la réponse de la direction de la Commission aux préoccupations de CIC concernant les décisions favorables rendues dans le passé par



les commissaires et la manière dont ces derniers allaient traiter le grand nombre de demandes émanant de Roms hongrois dans l'avenir » (arrêt *Kozak*, au paragraphe 63). Aucune de ces préoccupations n'a été soulevée en l'espèce et, par conséquent, j'estime qu'il faut établir une distinction entre l'espèce et l'arrêt *Kozak*.

## VI. Conclusion

[102] For all of the above reasons, I would dismiss the appeal, grant the cross-appeal, and answer the certified questions in the following manner:

1. Does the Chairperson of the Immigration and Refugee Board have the authority pursuant to paragraph 159(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act* to issue jurisprudential guides that include factual determinations?

Answer: Yes

2. Do the jurisprudential guides that the Chairperson issued with respect to Nigeria, Pakistan, India, and China unlawfully fetter the discretion of members of the Refugee Protection Division and the Refugee Appeal Division to make their own factual findings, or improperly encroach upon their adjudicative independence?

Answer: No

Near J.A.: I agree.

LeBlanc J.A.: I agree.

## VI. Conclusion

[102] Pour toutes les raisons qui précèdent, je rejeterais l'appel, j'accueillerais l'appel incident, et je répondrais aux questions certifiées de la façon suivante :

1. Le président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a-t-il le pouvoir, aux termes de l'alinéa 159(1)h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, de publier des guides jurisprudentiels comprenant des déterminations factuelles?

Réponse : Oui

2. Les guides jurisprudentiels que le président a publiés sur le Nigéria, le Pakistan, l'Inde et la Chine constituent-ils une entrave illicite au pouvoir discrétionnaire des membres de la Section de la protection des réfugiés et de la Section d'appel des réfugiés de tirer leurs propres conclusions de fait, ou portent-ils indûment atteinte à leur indépendance décisionnelle?

Réponse : Non

Le juge Near, J.C.A. : Je suis d'accord.

Le juge LeBlanc, J.C.A. : Je suis d'accord.

A-325-18  
A-369-18  
2020 FCA 134

A-325-18  
A-369-18  
2020 CAF 134

**Miller Thomson LLP** (*Appellant*)

**Miller Thomson S.E.N.C.R.L., S.R.L.** (*appelante*)

v.

c.

**Hilton Worldwide Holding LLP** (*Respondent*)

**Hilton Worldwide Holding LLP** (*intimée*)

**INDEXED AS: MILLER THOMSON LLP v. HILTON WORLDWIDE HOLDING LLP**

**RÉPERTORIÉ : MILLER THOMSON S.E.N.C.R.L., S.R.L. c. HILTON WORLDWIDE HOLDING LLP**

Federal Court of Appeal, Webb, Near and Mactavish J.J.A.—Ottawa (by videoconference), June 5; September 9, 2020.

Cour d’appel fédérale, juges Webb, Near et Mactavish, J.C.A.—Ottawa (par vidéoconférence), 5 juin; 9 septembre 2020.

*Trademarks — Expungement — Evidence of use — Appeal from Federal Court decision finding that respondent had established use of WALDORF ASTORIA trademark (Mark) in Canada, setting aside Registrar of trademark’s decision striking Mark from register of trademarks — Respondent, owner of WALDORF ASTORIA trademark, which is registered in Canada for use in association with “hotel services” — Claiming to have used Mark in Canada in association with “hotel services” since at least 1988 — Appellant, law firm representing client engaged in hotel business — Client having outstanding applications to register trademarks for “WALDORF”, “THE WALDORF”, “WALDORF HOTEL” etc. which respondent actively opposing — Registrar issuing notice to respondent pursuant to Trademarks Act, s. 45 requiring that it demonstrate use of Mark in Canada in association with “hotel services” during relevant period — Concluding that absence of “bricks and mortar” Waldorf Astoria hotel in Canada fatal to respondent’s claim that Mark used in Canada in association with “hotel services” during relevant period — Ordering that Mark be expunged from register — Respondent appealing Registrar’s decision — Federal Court concluding that Registrar having committed several errors in this case; maintaining Mark’s registration on basis that respondent established use of Mark in Canada during relevant period — Main issues whether respondent could establish “use” of WALDORF ASTORIA trademark in Canada for purposes of Act, s. 45 in absence of “bricks and mortar” hotel operating under that name in this country; more particularly, whether Federal Court erring in finding that there had been use of WALDORF ASTORIA mark in Canada during relevant period — Federal Court not misstating applicable statutory test for “use” of mark — Concluded that reservation or booking services would commonly be understood to be included in scope of term “hotel services” — Thus, Federal Court correctly understanding test for “use” for purposes of Act, s. 45 analysis;*

*Marques de commerce — Radiation — Preuve d’emploi — Appel interjeté à l’encontre une décision dans laquelle la Cour fédérale a conclu que l’intimée avait établi l’emploi de la marque WALDORF ASTORIA (la marque) au Canada et annulé la décision du registraire de radier la marque du registre des marques de commerce — L’intimée est propriétaire de la marque de commerce WALDORF ASTORIA, qui est enregistrée au Canada pour être utilisée en liaison avec des « services hôteliers » — Elle a affirmé avoir utilisé la marque au Canada en liaison avec des « services hôteliers » depuis au moins 1988 — L’appelante est un cabinet d’avocats représentant un client actif dans le secteur de l’hôtellerie — Ce client avait des demandes d’enregistrement en cours pour les marques « WALDORF », « THE WALDORF », « WALDORF HOTEL », etc., auxquelles l’intimée s’est opposée activement — Le registraire a délivré à l’intimée, en application de l’art. 45 de la Loi sur les marques de commerce, un avis lui enjoignant de démontrer l’emploi de la marque au Canada en liaison avec des « services hôteliers » au cours de la période pertinente — Il a conclu que l’absence d’un hôtel Waldorf Astoria « traditionnel » au Canada était fatale à la thèse de l’intimée selon laquelle elle avait employé la marque au Canada en liaison avec des « services hôteliers » au cours de la période pertinente — Il a ordonné la radiation de la marque — L’intimée a interjeté appel de la décision du registraire — La Cour fédérale a conclu que le registraire avait commis plusieurs erreurs dans sa décision; elle a maintenu l’enregistrement de la marque au motif que l’intimée a établi l’emploi de la marque au Canada au cours de la période pertinente — Il s’agissait principalement de savoir si l’intimée pouvait établir l’« emploi » de la marque WALDORF ASTORIA au Canada pour l’application de l’art. 45 de la Loi bien qu’elle n’ait jamais exploité d’hôtel « traditionnel » sous ce nom au Canada et, plus particulièrement, si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant qu’il y a eu emploi de*

*no error established — Regarding ordinary commercial understanding of term “hotel services”, Federal Court finding that Registrar erring in asking wrong question — Question not whether one could equate ability to make hotel reservations or other bookings with operation of hotel but what was scope of term “hotel services” in ordinary commercial usage — Here, Federal Court not erring in finding that Registrar’s failure to acknowledge direct evidence before her as to ordinary commercial meaning of term “hotel services” constituting material omission warranting Federal Court’s intervention — With respect to Registrar’s reliance on “Trade-marks examination: Wares and Services Manual” to interpret meaning of registration at issue dating from 1988, Federal Court rightly stating Registrar erring in interpreting scope of Mark’s registration from pre-Internet era in light of wording of current version of Manual — Term “services” not defined in Act, must be liberally construed — Federal Court not erring in finding that term “hotel services” included other, incidental or ancillary services such as reservation or payment services — Appellant not establishing that Federal Court committing palpable, overriding error in concluding that people in Canada receiving material benefit from delivery of respondent’s hotel services; in concluding that use of WALDORF ASTORIA mark established — However, Federal Court erring with respect to benefits received by individuals in Canada through HILTON HHONORS loyalty program — No evidence stating that loyalty points earned at time hotel room booked rather than at time guest actually staying at Waldorf Astoria hotel — While error palpable, obvious, not overriding since not determinative of outcome of case — Appeal dismissed.*

This was an appeal from a Federal Court decision finding that the respondent had established use of the WALDORF ASTORIA Mark in Canada and setting aside the Registrar’s decision striking the Mark from the register of trademarks. The respondent is the owner of the WALDORF ASTORIA trademark (Registration No. TMA337529), which is registered in Canada for use in association with “hotel services”. It

*la marque WALDORF ASTORIA au Canada pendant la période pertinente — La Cour fédérale n’a pas énoncé de manière erronée le critère juridique applicable pour établir l’« emploi » de la marque — Elle a conclu que, selon le sens commun, les services de réservation seraient compris dans la portée du terme « services hôteliers » — Il ressortait de ces affirmations que la Cour fédérale a correctement compris le critère applicable à l’« emploi » dans l’analyse effectuée au titre de l’art. 45, et l’appelante n’a démonté aucune erreur à cet égard — En ce qui concerne le sens ordinaire du commerce du terme « services hôteliers », la Cour fédérale a conclu que le registraire avait commis une erreur parce qu’il avait formulé la mauvaise question — La question n’était pas de savoir si l’on pouvait assimiler la capacité de faire des réservations d’hôtel à l’exploitation d’un hôtel, mais plutôt de savoir quelle était la portée du terme « services hôteliers » dans son sens ordinaire du commerce — Dans les circonstances, la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en concluant que le fait que le registraire n’a pas reconnu le seul élément de preuve direct dont il disposait quant au sens ordinaire du commerce du terme « services hôteliers » constituait une omission importante justifiant l’intervention de la Cour fédérale — En ce qui concerne le fait que le registraire s’est fondé sur « L’examen des marques de commerce : Manuel des marchandises et services » pour interpréter le sens d’un enregistrement datant de 1988, la Cour fédérale a eu raison de dire que le registraire a commis une erreur en interprétant la portée d’un enregistrement de l’ère pré-Internet à la lumière du libellé de la version actuelle du Manuel — Le terme « services » n’est pas défini dans la Loi, et il doit être interprété de manière libérale — La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en concluant que le terme « services hôteliers » incluait des services accessoires et autres, tels que les services de réservation ou de paiement — L’appelante n’a pas établi que la Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que des personnes au Canada ont profité d’avantages importants au pays grâce à la prestation des services hôteliers de l’intimée; en concluant que l’emploi de la marque WALDORF ASTORIA avait été établi — Toutefois, la Cour fédérale a commis une erreur relativement aux avantages que semblaient avoir reçus les personnes au Canada dans le cadre du programme de fidélisation HILTON HHONORS — La preuve n’indiquait nulle part que les points de fidélité sont gagnés au moment où la chambre d’hôtel est réservée plutôt qu’au moment où le client séjourne effectivement dans un hôtel Waldorf Astoria — Il s’agissait d’une erreur manifeste et évidente, mais elle n’était pas dominante, car l’erreur n’était pas déterminante pour l’issue de l’affaire — Appel rejeté.*

Il s’agissait d’un appel interjeté contre une décision dans laquelle la Cour fédérale a conclu que l’intimée avait établi l’emploi de la marque WALDORF ASTORIA au Canada et a annulé la décision du registraire de radier la marque du registre des marques de commerce. L’intimée est propriétaire de la marque de commerce WALDORF ASTORIA (n° d’enregistrement TMA337529), qui est enregistrée au Canada

claims to have used the WALDORF ASTORIA Mark (Mark) in Canada in association with “hotel services” since at least 1988. The appellant is a law firm representing a client engaged in the hotel business. This client has outstanding applications to register trademarks for “WALDORF”, “THE WALDORF”, “WALDORF HOTEL” and other similar names. The respondent has been actively opposing these applications. At the appellant’s request, the Registrar of trademarks issued a notice to the respondent pursuant to section 45 of the *Trademarks Act*, requiring that it demonstrate use of the Mark in Canada in association with “hotel services” during the relevant period, which, in this case, was between October 23, 2011 and October 23, 2014. If the respondent was unable to demonstrate such use, it was required to identify the date on which the Mark was last in use, as well as the reasons for its subsequent non-use. A delegate of the Registrar concluded that the absence of a “bricks and mortar” Waldorf Astoria hotel in Canada was fatal to the respondent’s claim that it had used the Mark in Canada in association with “hotel services” during the relevant period. The Registrar also found that the respondent had not established that there were “special circumstances” that would excuse its non-use of the Mark in this country during that period. Consequently, the Registrar ordered that the WALDORF ASTORIA Mark be expunged from the Register. The respondent appealed the Registrar’s decision to the Federal Court and submitted additional evidence in support of the appeal.

The Federal Court concluded that the Registrar had committed a number of errors in this case. It found that the Registrar had failed to consider the only evidence that had been submitted with respect to the ordinary commercial understanding of the term “hotel services” and that she had failed to follow binding authority establishing that the scope of services includes primary, incidental and ancillary services. The Court also found that the Registrar erred in applying the current version of the *Trade-marks examination: Wares and Services Manual* maintained by the Canadian Intellectual Property Office (Manual) to interpret the meaning of a registration dating from 1988. Finally, the Federal Court found that the Registrar had erred by failing to consider the actual words used in the registration itself. Consequently, the Federal Court allowed the respondent’s appeal.

The appellant asserted that the Federal Court made several errors in finding that there had been use of the WALDORF ASTORIA Mark in Canada during the relevant period, including misstating the relevant statutory test and misinterpreting the term “hotel services”. The Federal Court further erred, it stated,

pour être utilisée en liaison avec des « services hôteliers ». Elle a affirmé avoir utilisé la marque WALDORF ASTORIA (la marque) au Canada en liaison avec des « services hôteliers » depuis au moins 1988. L’appelante est un cabinet d’avocats représentant un client actif dans le secteur de l’hôtellerie. Ce client a des demandes d’enregistrement en cours pour les marques « WALDORF », « THE WALDORF », « WALDORF HOTEL » et d’autres noms semblables. L’intimée s’est opposée activement à ces demandes. Sur demande de l’appelante, le registraire des marques de commerce a délivré à l’intimée, en application de l’article 45 de la *Loi sur les marques de commerce*, un avis lui enjoignant de démontrer l’emploi de la marque au Canada en liaison avec des « services hôteliers » au cours de la période pertinente, qui, en l’espèce, s’étendait du 23 octobre 2011 au 23 octobre 2014. Si l’intimée n’était pas en mesure de démontrer un tel emploi, elle devait indiquer la date à laquelle la marque avait été utilisée pour la dernière fois, ainsi que les motifs du défaut d’emploi subséquent. Une déléguée du registraire a conclu que l’absence d’un hôtel Waldorf Astoria « traditionnel » au Canada était fatale à la thèse de l’intimée selon laquelle elle avait employé la marque au Canada en liaison avec des « services hôteliers » au cours de la période pertinente. Le registraire a également conclu que l’intimée n’avait pas établi qu’il existait des « circonstances spéciales » qui auraient excusé son défaut d’employer la marque au pays pendant cette période. En conséquence, le registraire a ordonné la radiation de la marque WALDORF ASTORIA. L’intimée a interjeté appel de la décision du registraire devant la Cour fédérale et a présenté des éléments de preuve supplémentaires à l’appui de son appel.

La Cour fédérale a conclu que le registraire avait commis plusieurs erreurs dans sa décision. Elle a conclu que le registraire n’avait pas pris en considération les seuls éléments de preuve qui avaient été présentés relativement au sens ordinaire du commerce du terme « services hôteliers » et qu’il n’avait pas suivi la jurisprudence contraignante établissant que la notion de services comprend les services primaires ainsi que les services accessoires. La Cour a également conclu que le registraire avait commis une erreur en appliquant la version actuelle du manuel « *L’examen des marques de commerce : Manuel des marchandises et services* » tenu par l’Office de la propriété intellectuelle du Canada (le Manuel) pour interpréter le sens d’un enregistrement datant de 1988. Enfin, la Cour fédérale a estimé que le registraire avait commis une erreur en ne tenant pas compte des mots expressément utilisés dans l’enregistrement lui-même. En conséquence, la Cour fédérale a accueilli l’appel de l’intimée.

L’appelante a soutenu que la Cour fédérale a commis plusieurs erreurs en concluant que la marque WALDORF ASTORIA avait été employée au Canada pendant la période pertinente, notamment en énonçant de manière erronée le critère juridique applicable et en interprétant de manière erronée

in finding that use of a mark with respect to services that are ancillary to the registered services was sufficient to establish use of a mark in Canada for the purposes of section 45 of the Act.

The main issues were whether the respondent could establish “use” of the WALDORF ASTORIA trademark in Canada for the purposes of section 45 of the Act in the absence of a “bricks and mortar” hotel operating under that name in this country and, more particularly, whether the Federal Court erred in finding that there had been use of the WALDORF ASTORIA Mark in Canada during the relevant period.

*Held*, the appeal should be dismissed.

Under subsection 4(2) of the Act, a mark is deemed to be “used in association with services if it is used or displayed in the performance or advertising of those services”. The Federal Court did not misstate the applicable statutory test. It was evident from the Federal Court’s reasons that it was aware that the issue was whether the respondent had established that some aspect of “hotel services” were performed or delivered in Canada. The Federal Court reviewed the relevant authorities on the question of “use” and concluded that reservation or booking services “would commonly be understood to be included in the scope of the term ‘hotel services’, as part of the ordinary expectation of what is involved in the performance of hotel services”. Thus, the Federal Court correctly understood the test for “use” for the purposes of the section 45 analysis, and no error was established by the appellant in this regard.

With respect to the ordinary commercial understanding of the term “hotel services”, the Federal Court considered whether any of the activities carried out by the respondent constituted the performance of “hotel services” in Canada. It found that the Registrar had erred in asking the wrong question. The question was not whether one could equate the ability to make hotel reservations or other bookings with the operation of a hotel but rather what was the scope of the term “hotel services” in ordinary commercial usage, understood both from the perspective of the consumer and the trademark owner. The Federal Court concluded that the term “hotel services” “naturally includes a series of related things, some of which can only be delivered at the physical hotel, but some of which are naturally now able to be ‘performed’, or ‘enjoyed’ in Canada”. The ordinary commercial meaning of the term “hotel services” was central to the question of whether the respondent had established use of the WALDORF ASTORIA Mark in Canada in association with such services. In these circumstances, the Federal Court did not err in finding that the failure of the Registrar to acknowledge or come to grips with the only direct evidence before her as to the

le terme « services hôteliers ». La Cour fédérale a également commis une erreur, selon l’appelante, en concluant que l’utilisation d’une marque pour des services accessoires aux services enregistrés était suffisante pour établir l’emploi d’une marque au Canada pour l’application de l’article 45 de la Loi.

Il s’agissait principalement de savoir si l’intimée pouvait établir l’« emploi » de la marque WALDORF ASTORIA au Canada pour l’application de l’article 45 de la Loi bien qu’elle n’ait jamais exploité d’hôtel « traditionnel » sous ce nom au Canada et, plus particulièrement, si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant qu’il y a eu emploi de la marque WALDORF ASTORIA au Canada pendant la période pertinente.

*Arrêt* : l’appel doit être rejeté.

Le paragraphe 4(2) de la Loi dispose qu’une « marque de commerce est réputée employée en liaison avec des services si elle est employée ou montrée dans l’exécution ou l’annonce de ces services ». La Cour fédérale n’a pas énoncé de manière erronée le critère juridique applicable. Il ressortait des motifs de la Cour fédérale que cette dernière avait conscience que la question en litige était de savoir si l’intimée avait établi qu’un certain élément des « services hôteliers » avait été effectué ou fourni au Canada. Après avoir passé en revue la jurisprudence pertinente sur la question de l’« emploi », la Cour fédérale a conclu que, « selon le sens commun, ces services [de réservation] sont compris dans la portée du terme “services hôteliers”, et l’on s’attendrait normalement à ce qu’ils fassent partie des services hôteliers fournis ». Il ressortait de ces affirmations que la Cour fédérale a correctement compris le critère applicable à l’« emploi » dans l’analyse effectuée au titre de l’article 45, et l’appelante n’a démonté aucune erreur à cet égard.

En ce qui concerne le sens ordinaire du commerce du terme « services hôteliers », la Cour fédérale a examiné la question de savoir si les activités exercées par l’intimée équivalaient à l’exécution de « services hôteliers » au Canada. Elle a conclu que le registraire avait commis une erreur parce qu’il avait formulé la mauvaise question. La question n’était pas de savoir si l’on pouvait assimiler la capacité de faire des réservations d’hôtel à l’exploitation d’un hôtel, mais plutôt de savoir quelle était la portée du terme « services hôteliers » dans son sens ordinaire du commerce, à la fois du point de vue du consommateur et de celui du propriétaire de la marque de commerce. La Cour fédérale a conclu que le terme « services hôteliers » « inclut forcément des éléments connexes dont certains doivent être fournis dans un hôtel traditionnel, mais d’autres aussi pour lesquels il est désormais tout naturel de considérer qu’ils peuvent être “exécutés” ou qu’on peut “en tirer avantage” au Canada ». Le sens ordinaire du commerce du terme « services hôteliers » était un élément central de la question de savoir si l’intimée avait établi l’emploi de la marque WALDORF ASTORIA au Canada en liaison avec de tels services. Dans les circonstances, la Cour



ordinary commercial meaning of the term “hotel services” was a material omission that warranted the Court’s intervention.

The Registrar relied in part on the version of the Manual that was in effect at the time that she rendered her decision in 2017 in making her finding with respect to the ordinary commercial meaning of the term “hotel services”. As the Federal Court observed in this case, while applicants are not bound to follow the precise wording of the Manual, the respondent could not be faulted for using a pre-approved term that was found in the Manual at the time the Mark was registered in 1988. The Federal Court rightly stated that it was an error for the Registrar to interpret the scope of a registration from the pre-Internet era in light of the wording of the current version of the Manual.

The term “services” is not defined in the Act. The meaning of the term has, however, been considered in case law, which has determined that the term should be liberally construed and that each case should be decided on its own facts. The case law examined established that as long as some consumers, purchasers or members of the public in Canada receive a material benefit from the activity in issue, it will amount to the performance of the service in this country. Thus, the Federal Court did not err in finding that the term “hotel services” included other, incidental or ancillary services such as reservation or payment services.

The Federal Court stated that a key question in determining whether use of a trademark in Canada for services had been established is whether people in this country can derive some benefit from the provision of the services in question. The Federal Court found that the evidence in this case established that there were several benefits that were available to people in Canada, over and above their eventual enjoyment of their stay in a “bricks and mortar” Waldorf Astoria hotel. The Federal Court concluded that people in Canada received material benefits in this country from the delivery of the respondent’s hotel services; it was therefore satisfied that use of the WALDORF ASTORIA Mark had been established. The appellant did not establish that the Federal Court committed a palpable and overriding error in making its findings. It was open to the Federal Court to find, based on the evidence before it, that the ability to reserve a particular type of hotel room at a specific Waldorf Astoria hotel in a particular location for a specified (and potentially discounted) price constituted a material benefit to the Canadian customer.

fédérale n’a pas commis d’erreur en concluant que le fait que le registraire n’ait pas reconnu ni pris en compte le seul élément de preuve direct dont il disposait quant au sens ordinaire du commerce du terme « services hôteliers » constituait une omission importante justifiant l’intervention de la Cour.

Le registraire s’est fondé en partie sur la version du Manuel en vigueur au moment où il a rendu sa décision en 2017 pour tirer ses conclusions relativement au sens ordinaire du commerce du terme « services hôteliers ». Comme la Cour fédérale l’a fait observer en l’espèce, bien que les demandeurs d’enregistrement ne soient pas tenus de respecter à la lettre le libellé du Manuel, on ne peut pas reprocher à l’intimée d’avoir utilisé le terme préapprouvé de la version du Manuel en vigueur à l’époque de l’enregistrement de la marque en 1988. La Cour fédérale a eu raison de dire que le registraire a commis une erreur en interprétant la portée d’un enregistrement de l’ère pré-Internet à la lumière du libellé de la version actuelle du Manuel.

Le terme « services » n’est pas défini dans la Loi. Le sens de ce terme a toutefois été examiné dans la jurisprudence, qui a établi que le terme devait être interprété de manière libérale et que chaque cas doit être décidé en fonction des faits qui lui sont propres. Ces précédents établissent que, tant que des consommateurs, des acheteurs ou des membres du public au Canada reçoivent un avantage important de l’activité en cause, cette activité constituera l’exécution du service au Canada. Pour cette raison, la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en concluant que le terme « services hôteliers » incluait des services accessoires, tels que les services de réservation ou de paiement.

La Cour fédérale a déclaré qu’une question essentielle pour déterminer si l’emploi d’une marque de commerce au Canada pour des services avait été établi était de savoir si des personnes au pays pouvaient tirer un certain avantage de la fourniture des services en question. La Cour fédérale a conclu que les éléments de preuve en l’espèce établissaient que les personnes se trouvant au Canada pouvaient profiter de plusieurs avantages, en plus de leur séjour proprement dit dans un hôtel Waldorf Astoria. La Cour fédérale a conclu que des personnes au Canada ont profité d’avantages importants au pays grâce à la prestation des services hôteliers de l’intimée; elle a donc conclu que l’emploi de la marque WALDORF ASTORIA avait été établi. L’appelante n’a pas établi que la Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante en tirant ces conclusions. Il était loisible à la Cour fédérale de conclure, vu les éléments de preuve dont elle disposait, que la possibilité pour le client canadien de réserver un type particulier de chambre d’hôtel dans un hôtel Waldorf Astoria précis, à un endroit donné, à un prix déterminé (et potentiellement réduit) constituait un avantage important pour lui.



However, the Federal Court erred with respect to the benefits that are ostensibly received by individuals in Canada through the HILTON HHONORS loyalty program. The evidence did not state that loyalty points are earned at the time that a hotel room is booked rather than at the time that the guest actually stays at a Waldorf Astoria hotel. There was simply no evidence in the record before the Federal Court with respect to this question. While this error was “palpable” in as much as it was obvious, it was not “overriding” since the error was not determinative of the outcome of the case. The meaning of terms used in trademark registrations can evolve over time. This is especially so where, as here, there have been significant technological advancements that have radically changed the manner in which services are offered to consumers. The requirements for “use” under section 45 of the Act must adapt to accord with 21<sup>st</sup> century commercial practices. Every case will turn on its own individual facts. The question in each case will be whether the trademark owner has provided evidence that establishes that people in this country can derive a material benefit from services that are performed in this country.

Toutefois, la Cour fédérale a commis une erreur relative aux avantages que semblaient avoir reçus les personnes au Canada dans le cadre du programme de fidélisation HILTON HHONORS. La preuve n’indiquait nulle part que les points de fidélité sont gagnés au moment où la chambre d’hôtel est réservée plutôt qu’au moment où le client séjourne effectivement dans un hôtel Waldorf Astoria. Le dossier dont disposait la Cour fédérale ne contenait tout simplement pas d’éléments de preuve lui permettant de trancher cette question dans un sens ou dans l’autre. Il s’agissait d’une erreur « manifeste » dans la mesure où elle était évidente, mais elle n’était pas « dominante », car l’erreur n’était pas déterminante pour l’issue de l’affaire. Le sens des termes utilisés dans les enregistrements de marques de commerce peut évoluer au fil du temps. C’est d’autant plus vrai lorsque, comme en l’espèce, il y a eu des avancées technologiques importantes qui ont radicalement changé la manière dont les services sont offerts aux consommateurs. Les exigences relatives à l’« emploi » pour l’application de l’article 45 de la Loi doivent s’adapter aux pratiques commerciales du XXI<sup>e</sup> siècle. Chaque affaire repose sur les faits qui lui sont propres. La question à trancher dans chaque affaire sera de savoir si le propriétaire de la marque de commerce a fourni des éléments de preuve établissant que les résidents du Canada peuvent tirer des avantages importants des services qui sont fournis au Canada.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, Tariff B, s. 2(2), Columns III, V.  
*Trade Marks Act*, S.C. 1952-53, c. 49, s. 2 “use”.  
*Trademarks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2 “trademark”, “use”, 4, 30, 45, 56(1), (5), 57.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Levi Strauss & Co. v. Canada (Registrar of Trade-Marks)*, 2006 FC 654, 51 C.P.R. (4th) 434, [2006] F.C.J. No. 840 (QL); *TSA Stores, Inc. v. Registrar of Trade-Marks*, 2011 FC 273, 91 C.P.R. (4th) 324; *Société nationale des chemins de fer français v. Venice Simplon-Orient-Express Inc.* (2000), 9 C.P.R. (4th) 443, [2000] F.C.J. No. 1897 (QL) (T.D.); *Borden Ladner Gervais LLP v. Westcoast Hotels Inc.* (2006), 53 C.P.R. (4th) 361, [2006] T.M.O.B. No. 5 (QL); *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331; *Nova Chemicals Corporation v. Dow Chemical Company*, 2017 FCA 25, 276 A.C.W.S. (3d) 298.

#### LOIS ET RÈGLEMENT CITÉS

*Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11.  
*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2 « emploi », « marque de commerce », 4, 30, 45, 56(1), (5), 57.  
*Loi sur les marques de commerce*, S.C. 1952-53, ch. 49, art. 2 « emploi ».  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, tarif B, art. 2(2), colonnes III, V.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Levi Strauss & Co. c. Canada (Registraire des marques de commerce)*, 2006 CF 654, [2006] A.C.F. n° 840 (QL); *TSA Stores, Inc. c. Registraire des marques de commerce*, 2011 CF 273, [2011] A.C.F. n° 319 (QL); *Société Nationale des Chemins de Fer Français Snfc c. Venice Simplon-Orient-Express Inc.*, 2000 CanLII 16547, [2000] A.C.F. n° 1897 (QL) (1<sup>re</sup> inst.); *Borden Ladner Gervais srl c. WestCoast Hotels, Inc.*, 2006 CanLII 80422 (C.O.M.C.); *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331; *Nova Chemicals Corporation c. Dow Chemical Company*, 2017 CAF 25, [2017] A.C.F. n° 173 (QL).

## DISTINGUISHED:

*Motel 6, Inc. v. No. 6 Motel Limited*, [1982] 1 F.C. 638, (1981), 127 D.L.R. (3d) 267 (T.D.).

## CONSIDERED:

*Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772; *Stikeman Elliott LLP v. Millennium & Cophorne International Limited*, 2015 TMOB 231, [2015] T.M.O.B. No. 5231 (QL); *Kraft Limited v. Registrar of Trade Marks*, [1984] 2 F.C. 874, (1984), 1 C.P.R. (3d) 457 (T.D.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1; *The Clorox Company of Canada, Ltd. v. Chloretec S.E.C.*, 2020 FCA 76, 172 C.P.R. (4th) 351; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344, leave to appeal to S.C.C. refused, [2018] 1 S.C.R. viii; *Unicast SA v. South Asian Broadcasting Corporation Inc.*, 2014 FC 295, 122 C.P.R. (4th) 409; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271.

## REFERRED TO:

*HomeAway.com, Inc. v. Hrdlicka*, 2012 FC 1467, 423 F.T.R. 156, [2012] F.C.J. No. 1665 (QL); *Porter v. Don the Beachcomber*, [1966] Ex. C.R. 982, (1966), 48 C.P.R. 280; *Marineland Inc. v. Marine Wonderland & Animal Park Ltd.*, [1974] 2 F.C. 558, (1974), 16 C.P.R. (2d) 97 (T.D.); *Sport Maska Inc. v. Bauer Hockey Corp.*, 2016 FCA 44, [2016] 4 F.C.R. 3; *Boutiques ProGolf Inc. v. Canada (Registrar of Trade Marks)* (1993), 164 N.R. 264, 54 C.P.R. (3d) 451 (F.C.A.); *Molson Cos. v. Moosehead Breweries Ltd.* (1985), 11 C.P.R. (3d) 208, 63 N.R. 140 (F.C.A.); *Woods Canada Ltd. v. Lang Michener* (1996), 71 C.P.R. (3d) 477, [1996] F.C.J. No. 1701 (T.D.); *Union Electric Supply Co. v. Registrar of Trade Marks*, [1982] 2 F.C. 263, (1982), 63 C.P.R. (2d) 56 (T.D.); *Bellagio Limousines v. Mirage Resorts, Incorporated*, 2012 TMOB 220, 107 C.P.R. (4th) 298; *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145, (2000), 252 N.R. 91 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [2000] 2 S.C.R. xi; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Vivat Holdings Ltd. v. Levi Strauss & Co.*, 2005 FC 707, 276 F.T.R. 40; *Tradition Fine Foods Ltd. v. Groupe Tradition'l Inc.*, 2006 FC 858, 296 F.T.R. 216; *Monster Cable Products, Inc. v. Monster Daddy, LLC*, 2013 FCA 137, 445 N.R. 379; *Cosmetic Warriors Limited v. Riches, McKenzie & Herbert LLP*, 2019 FCA 48, [2019] 3 F.C.R. 125; *Supershuttle International, Inc. v. Fetherstonhaugh & Co.*, 2015 FC 1259, [2015] F.C.J.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Motel 6, Inc. c. No. 6 Motel Limited*, [1982] 1 C.F. 638, [1982] A.C.F. n° 154 (QL) (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772; *Stikeman Elliott LLP c. Millennium & Cophorne International Limited*, 2015 COMC 231, [2015] C.O.M.C. n° 5231 (QL); *Kraft Limited c. Registraire des marques de commerce*, [1984] 2 C.F. 874 (1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] A.C.S. n° 65 (QL); *The Clorox Company of Canada, Ltd. c. Chloretec S.E.C.*, 2020 CAF 76, [2020] A.C.F. n° 508 (QL); *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2018] 1 R.C.S. viii; *Unicast SA c. South Asian Broadcasting Corporation Inc.*, 2014 CF 295, 2014 CarswellNat 874 (WLNext Can.); *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Sun Indalex Finance, LLC c. United Steelworkers*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271.

## DÉCISIONS CITÉES :

*HomeAway.com, Inc. c. Hrdlicka*, 2012 CF 1467, [2012] A.C.F. n° 1665 (QL); *Porter v. Don the Beachcomber*, [1966] R.C. de l'É. 982; *Marineland Inc. c. Marine Wonderland & Animal Park Ltd.*, [1974] 2 C.F. 558 (1<sup>re</sup> inst.); *Sport Maska Inc. c. Bauer Hockey Corp.*, 2016 CAF 44, [2016] 4 R.C.F. 3; *Boutiques ProGolf Inc. c. Canada (Registraire des marques de commerce)*, [1993] A.C.F. n° 1363 (QL) (C.A.); *Molson Cos. c. Moosehead Breweries Ltd.*, [1985] A.C.F. n° 1013 (QL) (C.A.); *Woods Canada Ltd. c. Lang Michener*, [1996] A.C.F. n° 1701 (QL) (1<sup>re</sup> inst.); *Union Electric Supply Co. c. Registraire des marques de commerce*, [1982] 2 C.F. 263 (1<sup>re</sup> inst.); *Bellagio Limousines c. Mirage Resorts, Incorporated*, 2012 COMC 220; *Brasseries Molson c. John Labatt Ltée*, [2000] 3 C.F. 145, 2000 CanLII 17105 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2000] 2 R.C.S. xi; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Vivat Holdings Ltd. c. Levi Strauss & Co.*, 2005 CF 707, [2005] A.C.F. n° 893 (QL); *Tradition Fine Foods Ltd. c. Groupe Tradition'l Inc.*, 2006 CF 858, [2006] A.C.F. n° 1089 (QL); *Monster Cable Products, Inc. c. Monster Daddy, LLC*, 2013 CAF 137, [2013] A.C.F. n° 589 (QL); *Cosmetic Warriors Limited c. Riches, McKenzie & Herbert LLP*, 2019 CAF 48, [2019] 3 R.C.F. 125; *Supershuttle International, Inc. c. Fetherstonhaugh & Co.*, 2015 CF 1259, [2015] A.C.F. n° 1544 (QL); *Dollar General Corporation c. 2900319 Canada Inc.*, 2018 CF 778, [2018] A.C.F. n° 801

No. 1544 (QL); *Dollar General Corporation v. 2900319 Canada Inc.*, 2018 FC 778, 157 C.P.R. (4th) 318; *Sim & McBurney v. Gesco Industries, Inc.* (2000), 195 D.L.R. (4th) 239, [2000] F.C.J. No. 1766 (C.A.); *Express File Inc. v. HRB Royalty Inc.*, 2005 FC 542, 39 C.P.R. (4th) 59; *Salomon v. Matte-Thompson*, 2019 SCC 14, [2019] 1 S.C.R. 729, 432 D.L.R. (4th) 1; *Austin Nichols & Co., Inc. v. Cinnabon Inc.*, [1998] 4 F.C. 569, (1998) 82 C.P.R. (3d) 513 (C.A.); *Lapointe Rosenstein LLP v. The West Seal, Inc.*, 2012 TMOB 114, 103 C.P.R. (4th) 136; *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303.

## AUTHORS CITED

Bowden, David and Junyi Chen, “Canadian Trademark Law and ‘Use’ in the Computer and Internet Age” (2017), 33 *C.I.P.R.* 49.  
 Canadian Intellectual Property Office. *Trade-marks examination: wares and services manual*, Ottawa: Industry Canada, 1996.  
 Pretnar, Bojan, “Use and Non-Use in Trade Mark Law” in Jeremy Phillips and Ilanah Simon, eds., *Trade Mark Use*, Oxford: Oxford University Press, 2005.

APPEAL from a Federal Court decision (2018 FC 895, 159 C.P.R. (4th) 243) finding that the respondent had established use of the WALDORF ASTORIA Mark in Canada and setting aside the Registrar’s decision (2017 TMOB 19) striking the Mark from the register of trademarks. Appeal dismissed.

## APPEARANCES

*David M. Reive and Aiyaz A. Alibhai* for appellant.

*Jonathan G. Colombo and Amrita V. Singh* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Miller Thomson LLP*, Toronto, for appellant.  
*Bereskin & Parr LLP*, Toronto, for respondent.

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

[1] MACTAVISH J.A.: The Waldorf Astoria is a well-known luxury hotel located in New York City. There are numerous other Waldorf Astoria hotels elsewhere in the

(QL); *Sim & McBurney c. Gesco Industries, Inc.*, 2000 CanLII 16369, [2000] A.C.F. n° 1766 (QL) (C.A.); *Express File Inc. c. HRB Royalty Inc.*, 2005 CF 542, [2005] A.C.F. n° 667 (QL); *Salomon c. Matte-Thompson*, 2019 CSC 14, [2019] 1 R.C.S. 729; *Austin Nichols & Co., Inc. c. Cinnabon Inc.*, [1998] 4 C.F. 569, 1998 CanLII 9088 (C.A.); *Lapointe Rosenstein srl c. The West Seal, Inc.*, 2012 COMC 114, [2012] C.M.O.C. n° 5114 (QL); *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303.

## DOCTRINE CITÉE

Bowden, David et Junyi Chen, « Canadian Trademark Law and ‘Use’ in the Computer and Internet Age » (2017), 33 *C.I.P.R.* 49.  
 Office de la propriété intellectuelle du Canada. *L’examen des marques de commerce : le manuel des marchandises et services*, Ottawa : Industrie Canada, 1996.  
 Pretnar, Bojan, « Use and Non-Use in Trade Mark Law » dans Jeremy Phillips et Ilanah Simon, dir., *Trade Mark Use*, Oxford : Oxford University Press, 2005.

APPEL interjeté contre une décision (2018 CF 895) dans laquelle la Cour fédérale a conclu que l’intimée avait établi l’emploi de la marque WALDORF ASTORIA au Canada et a annulé la décision du registraire (2017 CMOC 19) radiant la marque du registre des marques de commerce. Appel rejeté.

## ONT COMPARU :

*David M. Reive et Aiyaz A. Alibhai* pour l’appelante.

*Jonathan G. Colombo et Amrita V. Singh* pour l’intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Miller Thomson LLP*, Toronto, pour l’appelante.  
*Bereskin & Parr LLP*, Toronto, pour l’intimée.

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

[1] LA JUGE MACTAVISH, J.C.A. : Le Waldorf Astoria est un hôtel de luxe réputé situé à New York. Il existe de nombreux autres hôtels Waldorf Astoria ailleurs

United States and in major cities around the world. There has, however, never been a “bricks and mortar” Waldorf Astoria hotel anywhere in Canada.

[2] The respondent Hilton Worldwide Holding LLP is the owner of the WALDORF ASTORIA trademark, which is registered in Canada for use in association with “hotel services”.

[3] The principal issue raised by this appeal is whether Hilton can establish “use” of the WALDORF ASTORIA trademark in Canada for the purposes of section 45 of the *Trademarks Act* [R.S.C., 1985, c. T-13] in the absence of a “bricks and mortar” hotel operating under that name in this country.

[4] For the reasons that follow, I have concluded that the Federal Court did not err (in reasons cited as 2018 FC 895, 159 C.P.R. (4th) 243) in finding that Hilton had established use of the WALDORF ASTORIA mark in Canada. Consequently, I would dismiss the appeal.

#### I. Statutory Context

[5] Before considering the facts of this case, it is helpful to start by having regard to the nature of proceedings under section 45 of the *Trademarks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13 (the Act).

[6] Unlike other forms of intellectual property, use of a trademark is essential, and is fundamental to trademark rights: *HomeAway.com, Inc. v. Hrdlicka*, 2012 FC 1467, 423 F.T.R. 156, [2012] F.C.J. No. 1665 (QL), at paragraphs 11–12. As the Supreme Court of Canada noted in *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772 [*Mattel*], at paragraph 5, “in trademarks the watchword is ‘use it or lose it’”. Indeed, the statutory definition of “trademark” in section 2 of the Act is “a sign or combination of signs that is used or proposed to be used by a person for the purpose of distinguishing or so as to distinguish their goods or services from those of others” (emphasis added).

aux États-Unis et dans les grandes villes du monde. Cependant, il n’y a jamais eu d’hôtel physique « traditionnel » portant le nom de Waldorf Astoria au Canada.

[2] L’intimée Hilton Worldwide Holding LLP est propriétaire de la marque de commerce WALDORF ASTORIA, qui est enregistrée au Canada pour être utilisée en liaison avec des « services hôteliers ».

[3] La principale question soulevée par le présent appel est de savoir si Hilton peut établir l’« emploi » de la marque WALDORF ASTORIA au Canada pour l’application de l’article 45 de la *Loi sur les marques de commerce* [L.R.C. (1985), ch. T-13] bien qu’elle n’ait jamais exploité d’hôtel « traditionnel » sous ce nom au Canada.

[4] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur (dans les motifs portant le numéro de référence 2018 CF 895) en concluant que Hilton avait établi l’emploi de la marque WALDORF ASTORIA au Canada. Par conséquent, je rejetterais l’appel.

#### I. Le contexte légal

[5] Avant d’examiner les faits en l’espèce, il convient de commencer par analyser la nature des procédures visées par l’article 45 de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13 (la Loi).

[6] Contrairement à d’autres formes de propriété intellectuelle, l’emploi d’une marque est essentiel et fondamental en droit des marques de commerce : *HomeAway.com, Inc. c. Hrdlicka*, 2012 CF 1467, [2012] A.C.F. n° 1665 (QL), aux paragraphes 11 et 12. Comme l’a fait observer la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772 [*Mattel*], au paragraphe 5, « en ce qui concerne une marque de commerce, le mot d’ordre est de l’employer sous peine de la perdre ». En effet, aux termes de la définition figurant à l’article 2 de la Loi, « marque de commerce » s’entend d’un « signe ou combinaison de signes qui est employé par une personne ou que celle-ci projette d’employer pour distinguer, ou de façon à distinguer, ses produits ou services de ceux d’autres personnes » (non souligné dans l’original).

[7] In accordance with subsection 4(2) of the Act, a trademark will be deemed to be used in association with services “if it is used or displayed in the performance or advertising of those services”. That said, the mere advertising of services in Canada will not constitute use in Canada in association with a service. Some aspect of the services must be performed or delivered in Canada: *Porter v. Don the Beachcomber*, [1966] Ex. C.R. 982, (1966), 48 C.P.R. 280 [*Don the Beachcomber*], at paragraph 17; *Marineland Inc. v. Marine Wonderland & Animal Park Ltd.*, [1974] 2 F.C. 558, (1974), 16 C.P.R. (2d) 97 (T.D.) [*Marineland*].

[8] While foreign trademark owners can register their marks in Canada and thereby enjoy the benefits of exclusivity, maintenance of a registration depends on the use of the mark in Canada.

[9] Section 45 of the Act provides a summary procedure for clearing the Register of Trademarks of registrations for marks that have fallen into disuse: *Sport Maska Inc. v. Bauer Hockey Corp.*, 2016 FCA 44, [2016] 4 F.C.R. 3, at paragraph 55. The section 45 process has been described as one for removing “dead wood” from the Register: *Boutiques ProGolf Inc. v. Canada (Registrar of Trade Marks)* (1993), 164 N.R. 264, 54 C.P.R. (3d) 451 (F.C.A.). It is not intended to resolve contentious issues between competing commercial interests. Such issues are resolved through expungement proceedings under section 57 of the Act: *Molson Cos. v. Moosehead Breweries Ltd.* (1985), 11 C.P.R. (3d) 208, at page 210, 63 N.R. 140 (F.C.A.), at page 141.

[10] The threshold for establishing “use” in a section 45 proceeding is quite low: *Woods Canada Ltd. v. Lang Michener* (1996), 71 C.P.R. (3d) 477, [1996] F.C.J. No. 1701 (T.D.) [*Woods Canada Ltd.*]. Evidentiary overkill is, moreover, not required: *Union Electric Supply Co. v. Registrar of Trade Marks*, [1982] 2 F.C. 263, (1982), 63 C.P.R. (2d) 56 (T.D.). That said, sufficient facts must still be adduced to allow the Registrar of Trademarks (the Registrar) to find use of a trademark in association with each of the registered services during the relevant period.

[7] Aux termes du paragraphe 4(2) de la Loi, une marque de commerce est réputée employée en liaison avec des services « si elle est employée ou montrée dans l’exécution ou l’annonce de ces services ». Cela dit, le simple fait d’annoncer des services au Canada ne constituera pas un emploi au Canada en liaison avec un service. Une partie des services doit être exécutée ou fournie au Canada : *Porter v. Don the Beachcomber*, [1966] R.C. de l’É. 982 [*Don the Beachcomber*], au paragraphe 17; *Marineland Inc. c. Marine Wonderland & Animal Park Ltd.*, [1974] 2 C.F. 558 (1<sup>re</sup> inst.) [*Marineland*].

[8] Les propriétaires étrangers de marques de commerce peuvent enregistrer leurs marques au Canada et ainsi bénéficier des avantages de l’exclusivité; toutefois, le maintien d’un enregistrement dépend de l’emploi de la marque au Canada.

[9] L’article 45 de la Loi prévoit une procédure sommaire pour que soient radiés du registre des marques de commerce les enregistrements de marques tombés en désuétude : *Sport Maska Inc. c. Bauer Hockey Corp.*, 2016 CAF 44, [2016] 4 R.C.F. 3, au paragraphe 55. Le processus prévu à l’article 45 a été décrit comme un processus d’épuration du registre permettant d’y éliminer le « bois mort » : *Boutiques ProGolf Inc. c. Canada (Registraire des marques de commerce)*, [1993] A.C.F. n° 1363 (QL) (C.A.). Il n’est pas censé servir à trancher les questions litigieuses opposant des intérêts commerciaux concurrents. Ces questions se tranchent par la procédure de radiation prévue à l’article 57 de la Loi : *Molson Cos. c. Moosehead Breweries Ltd.*, [1985] A.C.F. n° 1013 (QL) (C.A.).

[10] Le critère auquel il doit être satisfait pour établir qu’il y a « emploi » dans une procédure prévue par l’article 45 est peu rigoureux : *Woods Canada Ltd. c. Lang Michener*, [1996] A.C.F. n° 1701 (QL) (1<sup>re</sup> inst.) [*Woods Canada Ltd.*]. En outre, il n’est pas nécessaire de produire une preuve surabondante : *Union Electric Supply Co. c. Registraire des marques de commerce*, [1982] 2 C.F. 263 (1<sup>re</sup> inst.). Cela dit, il faut quand même présenter des faits suffisants pour que le registraire des marques de commerce (le registraire) conclue à l’emploi d’une marque en liaison avec chacun des services enregistrés pendant la période pertinente.



[11] Subsection 45(1) of the Act authorizes the Registrar, either on her own initiative or in response to a request made by a third party, to issue a notice requiring that the owner of a registered trademark show use of the mark in Canada in the three years immediately preceding the date of the notice (the relevant period). In accordance with subsections 45(3) and (5) of the Act, a trademark registration may be expunged if the owner fails to show use in Canada within the relevant period, or the existence of “special circumstances” justifying the non-use of the mark.

[12] Pursuant to subsection 56(1) of the Act, an appeal lies to the Federal Court from a decision of the Registrar in a section 45 proceeding, and additional evidence may be filed on the appeal in accordance with subsection 56(5) of the Act.

## II. Background

[13] The first Waldorf Astoria hotel opened in New York City in the 1930s. The hotel was acquired by Hilton Hotels Corporation in 1949, and it is currently owned by the respondent Hilton Worldwide Holding LLP (Hilton), a successor to Hilton Hotels Corporation.

[14] Hilton claims to have used the WALDORF ASTORIA mark (the Mark) in Canada in association with “hotel services” since at least 1988. It is the owner of the WALDORF ASTORIA trademark (Registration No. TMA337529), which is registered for use in association with “hotel services”.

[15] The appellant, Miller Thomson, is a law firm representing a client engaged in the hotel business. This client has outstanding applications to register trademarks for “WALDORF”, “THE WALDORF”, “WALDORF HOTEL” and other, similar names. Hilton has been actively opposing these applications.

[16] At Miller Thomson’s request, the Registrar issued a notice to Hilton pursuant to section 45 of the Act, requiring that it demonstrate use of the Mark in Canada in

[11] Le paragraphe 45(1) de la Loi autorise le registraire, soit de sa propre initiative, soit sur demande présentée par un tiers, à délivrer un avis enjoignant au propriétaire d’une marque de commerce enregistrée de démontrer l’emploi de la marque au Canada au cours des trois années précédant la date de l’avis (la période pertinente). Conformément aux paragraphes 45(3) et (5) de la Loi, l’enregistrement d’une marque de commerce peut être radié si le propriétaire ne démontre pas l’emploi de celle-ci au Canada au cours de la période pertinente ou l’existence de « circonstances spéciales » justifiant le défaut d’emploi de la marque.

[12] Au titre du paragraphe 56(1) de la Loi, il est possible d’interjeter appel devant la Cour fédérale de toute décision rendue par le registraire dans une procédure engagée au titre de l’article 45, et le paragraphe 56(5) de la Loi autorise la production d’éléments de preuve supplémentaires en appel.

## II. Résumé des faits

[13] Le premier hôtel Waldorf Astoria a ouvert ses portes à New York dans les années 1930. L’hôtel a été acquis par Hilton Hotels Corporation en 1949, et il est actuellement la propriété de l’intimée Hilton Worldwide Holding LLP (Hilton), une société remplaçante de Hilton Hotels Corporation.

[14] Hilton affirme avoir utilisé la marque WALDORF ASTORIA (la marque) au Canada en liaison avec des « services hôteliers » depuis au moins 1988. Elle est propriétaire de la marque WALDORF ASTORIA (n° d’enregistrement LMC337529), laquelle est enregistrée pour être employée en liaison avec des « services hôteliers ».

[15] L’appelante, Miller Thomson, est un cabinet d’avocats représentant un client actif dans le secteur de l’hôtellerie. Ce client a des demandes d’enregistrement en cours pour les marques « WALDORF », « THE WALDORF », « WALDORF HOTEL » et d’autres noms semblables. Hilton s’oppose activement à ces demandes.

[16] Sur demande de Miller Thomson, le registraire a délivré à Hilton, en application de l’article 45 de la Loi, un avis lui enjoignant de démontrer l’emploi de la marque



association with “hotel services” during the relevant period, which, in this case, was between October 23, 2011 and October 23, 2014. If Hilton was unable to demonstrate such use, it was required to identify the date on which the Mark was last in use, as well as the reasons for its subsequent non-use.

### III. The Evidence before the Registrar

[17] In response to the section 45 notice, Hilton provided the Registrar with an affidavit from Christian Eriksen. Mr. Eriksen describes himself as Counsel, Brands & Intellectual Property for Hilton Worldwide, Inc. According to Mr. Eriksen, Hilton (or its predecessor in title) has used the WALDORF ASTORIA mark in Canada since at least 1988 in association with “hotel services, specifically hotel reservation, booking and payment services and hotel management and development services”.

[18] Mr. Eriksen stated in his affidavit that the term “hotel services” is understood in the hotel industry to include “reservation services, booking and payment services, and access to hotel rooms”. He observed that hotels “could not operate unless customers were able to reserve, book and pay for rooms in advance of their stay”, that reservation, booking and payment services are “integral to the provision of hotel services”, and that the cost of providing these services and other ancillary services is incorporated into the room rate.

[19] Mr. Eriksen explained that Canadian customers can make hotel reservations at Waldorf Astoria hotels in a number of different ways. This includes through travel agent booking systems such as Expedia and Travelocity, as well as through Hilton’s own centralized online reservation system, where the Mark is displayed at the time of booking and payment and on the email sent to customers confirming their reservations. Mr. Eriksen also provided evidence as to the number of reservations made by customers with Canadian addresses who then stayed

au Canada en liaison avec des « services hôteliers » au cours de la période pertinente, qui, en l’espèce, s’étendait du 23 octobre 2011 au 23 octobre 2014. Si Hilton n’était pas en mesure de démontrer un tel emploi, elle devait indiquer la date à laquelle la marque avait été utilisée pour la dernière fois, ainsi que les motifs du défaut d’emploi subséquent.

### III. La preuve dont disposait le registraire

[17] En réponse à l’avis délivré en application de l’article 45, Hilton a fourni au registraire un affidavit de Christian Eriksen. M. Eriksen dit occuper la fonction d’avocat chargé des marques de commerce et de la propriété intellectuelle pour Hilton Worldwide, Inc. Selon M. Eriksen, Hilton (ou la société qu’elle remplaçait) emploie la marque WALDORF ASTORIA au Canada depuis au moins 1988 en liaison avec [TRADUCTION] « des services hôteliers, en particulier des services de réservation et de paiement de chambres d’hôtel et des services de gestion et de développement hôteliers ».

[18] M. Eriksen a déclaré dans son affidavit que le terme « services hôteliers » est interprété dans l’industrie hôtelière comme comprenant [TRADUCTION] « des services de réservation, des services de paiement et l’accès à des chambres d’hôtel ». Il a affirmé que les hôtels [TRADUCTION] « ne pouvaient fonctionner que si les clients étaient en mesure de réserver et de payer les chambres à l’avance », que les services de réservation et de paiement [TRADUCTION] « font partie intégrante de la prestation de services hôteliers » et que le coût de la prestation de ces services et d’autres services auxiliaires est inclus dans le prix de la chambre.

[19] M. Eriksen a expliqué que les clients canadiens peuvent faire des réservations dans les hôtels Waldorf Astoria de différentes manières. Cela comprend les systèmes de réservation d’agences de voyages comme Expedia et Travelocity, ainsi que le système de réservation en ligne centralisé de Hilton, où la marque est affichée au moment de la réservation et du paiement et sur le courriel envoyé aux clients pour confirmer leur réservation. M. Eriksen a également fourni des éléments de preuve montrant le nombre de réservations effectuées par

at Waldorf Astoria hotels, and the revenue generated by those stays.

[20] According to Mr. Eriksen, customers can secure their hotel reservations by providing a deposit at the time of booking, or they can obtain a discounted rate by making a non-refundable payment at the time of booking. Customers can also join Hilton’s “HILTON HHONORS” loyalty program. Amongst other benefits, program members can earn points at hotels within the Hilton Group’s portfolio, including Waldorf Astoria hotels. These points can be redeemed for stays at hotels in the Hilton Group, including at hotels located in Canada. There were in excess of 400 000 Canadians enrolled in the HILTON HHONORS loyalty program during the relevant period.

[21] Finally, Mr. Eriksen discussed Hilton’s plans for the construction of a Waldorf Astoria hotel in Montreal, and the reasons why that hotel was never built. He also confirmed Hilton’s ongoing interest in developing a Waldorf Astoria hotel in Canada.

#### IV. The Registrar’s Decision

[22] A delegate of the Registrar concluded that the absence of a “bricks and mortar” Waldorf Astoria hotel in Canada was fatal to Hilton’s claim that it had used the Mark in Canada in association with “hotel services” during the relevant period. The Registrar [in 2017 TMOB 19] also found that Hilton had not established that there were “special circumstances” that would excuse its non-use of the Mark in this country during that period. Consequently, the Registrar ordered that the WALDORF ASTORIA Mark be expunged from the Register.

[23] In finding that Hilton had not established use of the Mark in Canada, the Registrar relied on the reasoning in *Stikeman Elliott LLP v. Millennium & Copthorne International Limited*, 2015 TMOB 231, [2015] T.M.O.B. No. 5231 (QL) (*M Hotel*). The Mark at issue in *M Hotel* was registered for use in association with “‘hotel services and hotel reservation services’” [at paragraph 2].

des clients ayant une adresse au Canada qui ont ensuite séjourné dans des hôtels Waldorf Astoria, ainsi que les revenus produits par ces séjours.

[20] Selon M. Eriksen, les clients peuvent garantir leurs réservations d’hôtel en faisant un dépôt au moment de la réservation, ou ils peuvent obtenir un tarif réduit en effectuant un paiement non remboursable lors de la réservation. Les clients peuvent également adhérer au programme de fidélisation « HILTON HHONORS » de Hilton. Entre autres avantages, les membres du programme peuvent accumuler des points en séjournant dans les hôtels du groupe Hilton, dont les hôtels Waldorf Astoria. Ces points peuvent être échangés contre des séjours dans des hôtels du groupe Hilton, y compris dans des hôtels situés au Canada. Plus de 400 000 Canadiens étaient inscrits au programme de fidélisation HILTON HHONORS pendant la période pertinente.

[21] Enfin, M. Eriksen a parlé du projet qu’avait Hilton de construire un hôtel Waldorf Astoria à Montréal et des raisons pour lesquelles cet hôtel n’a jamais été construit. Il a également confirmé l’intérêt continu de Hilton pour l’établissement d’un hôtel Waldorf Astoria au Canada.

#### IV. La décision du registraire

[22] Une déléguée du registraire a conclu que l’absence d’hôtel Waldorf Astoria « traditionnel » au Canada était fatale à la thèse de Hilton selon laquelle elle avait employé la marque au Canada en liaison avec des « services hôteliers » au cours de la période pertinente. Le registraire [dans 2017 COMC 19] a également conclu que Hilton n’avait pas établi qu’il existait des « circonstances spéciales » qui auraient excusé son défaut d’employer la marque au pays pendant cette période. En conséquence, le registraire a ordonné la radiation de la marque WALDORF ASTORIA.

[23] Le registraire s’est fondé sur le raisonnement suivi dans la décision *Stikeman Elliott LLP c. Millennium & Copthorne International Limited*, 2015 COMC 231, [2015] C.O.M.C. n° 5231 (QL) (*M Hotel*), pour conclure que Hilton n’avait pas établi qu’elle employait la marque au Canada. La marque en litige dans la décision *M Hotel* avait été enregistrée pour être utilisée en liaison avec des

The Registrar concluded in that case that the registration for “hotel services” should be expunged, as there was no physical M Hotel located in Canada during the relevant period and the owner of the mark had not established that it performed, or was able to perform, hotel services in Canada during the relevant period. The Registrar did, however, maintain the registration for “hotel reservation services”.

[24] In this case, the Registrar found [at paragraph 43] that in ordinary commercial terms, “‘booking’, ‘planning’ and ‘reservation’ services are not ‘hotel services’”. The Registrar found that if a customer had to leave Canada to enjoy the service, it was not a “hotel service” performed in Canada. Citing the Registrar’s earlier decision in *Bellagio Limousines v. Mirage Resorts, Incorporated*, 2012 TMOB 220, 107 C.P.R. (4th) 298, the Registrar stated [at paragraph 38] that it was “contrary to common sense to equate the ability to make hotel reservations or other bookings with the operation of a hotel”. The Registrar further found that even if a loyalty program could be enjoyed in or from Canada, it was not a “hotel service”.

[25] Thus, while customers may be able to book hotel rooms at Waldorf Astoria hotels from within Canada, the Registrar concluded that the performance of Hilton’s “hotel services” could only be completed by customers travelling outside of Canada. As a result, no use of the Mark in Canada in association with “hotel services” had been established.

[26] The Registrar was also not persuaded that there were “special circumstances” that would excuse Hilton’s non-use of the Mark during the relevant period. While Hilton had entered into an agreement to build a Waldorf Astoria hotel in Montreal, this did not materialize due to the economic downturn in 2008. The Registrar found that this did not constitute the type of “special circumstances” required by the case law to excuse non-use of a trademark, and that, in any event, Hilton had not demonstrated

« “services hôteliers et services de réservation en rapport avec des hôtels” » [au paragraphe 2]. Le registraire avait conclu dans cette décision que l’enregistrement relatif aux « services hôteliers » devait être radié, étant donné qu’il n’y avait pas d’hôtel M physique situé au Canada pendant la période pertinente et que le propriétaire de la marque n’avait pas établi qu’il fournissait, ou était en mesure de fournir, des services hôteliers au Canada pendant la période pertinente. Le registraire avait toutefois maintenu l’enregistrement visant des [TRADUCTION] « services de réservation en rapport avec des hôtels ».

[24] Dans la présente affaire [au paragraphe 43], le registraire a estimé qu’au sens ordinaire du commerce, les « services de [TRADUCTION] “prise de réservation, planification et réservation” ne constituent pas des [TRADUCTION] “services hôteliers” ». Le registraire a conclu que, si un client devait quitter le Canada pour bénéficier du service, il ne s’agissait pas d’un « service hôtelier » fourni au Canada. Citant la décision antérieure du registraire *Bellagio Limousines c. Mirage Resorts, Incorporated*, 2012 COMC 220, le registraire a affirmé [au paragraphe 38] qu’il « est contraire au sens commun d’assimiler la possibilité d’effectuer une réservation dans un hôtel à l’exploitation d’un hôtel ». Il a en outre conclu que, même si on pouvait profiter d’un programme de fidélisation au Canada ou à partir du Canada, il ne s’agissait pas d’un « service hôtelier ».

[25] Ainsi, bien que les clients puissent réserver des chambres d’hôtel dans les hôtels Waldorf Astoria depuis le Canada, le registraire a conclu que seuls des clients voyageant à l’étranger pouvaient bénéficier de la prestation de « services hôteliers » de Hilton. En conséquence, aucun emploi de la marque au Canada en liaison avec des « services hôteliers » n’a été établi.

[26] Le registraire n’était pas non plus convaincu de l’existence de « circonstances spéciales » qui auraient excusé le défaut d’emploi de la marque par Hilton pendant la période pertinente. Hilton avait conclu une entente en vue de la construction d’un hôtel Waldorf Astoria à Montréal, mais le projet a été abandonné en raison de la crise financière de 2008. Selon le registraire, il ne s’agissait pas du type de « circonstances spéciales » qui, selon la jurisprudence, pouvait justifier le défaut d’emploi

why it had not built or operated a Waldorf Astoria hotel in Canada at any time since 1988, when its trademark was registered. This conclusion was upheld by the Federal Court, and Miller Thomson does not challenge the finding with respect to “special circumstances” in this appeal.

#### V. The Federal Court’s Decision

[27] Hilton appealed the Registrar’s decision to the Federal Court through the statutory appeal mechanism provided for in subsection 56(1) of the Act. As it was entitled to do, Hilton submitted additional evidence in support of the appeal in the form of a further affidavit from Mr. Eriksen, as well as an affidavit from Linda Elford. Ms. Elford is a trademark searcher and her evidence was directed at the state of the “*Trade-marks examination: Wares and Services Manual*” maintained by the Canadian Intellectual Property Office (the Manual).

[28] The Federal Court observed that, in determining whether an appellant has established use of a trademark, the Court must conduct a de novo review of a Registrar’s decision where additional evidence is adduced on the appeal that would have materially affected that decision: *Mattel*, above, at paragraphs 35, 37; *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145, (2000), 252 N.R. 91 (C.A.) [*John Labatt*], at paragraph 29, leave to appeal to S.C.C. refused, [[2000] 2 S.C.R. xi], 27839 (14 September 2000). Where, however, the Registrar’s findings of fact or treatment of issues are not affected by the new evidence, the reasonableness standard of review applies.

[29] The Federal Court next considered whether a hotel owner could establish “use” of a trademark without the presence of a “bricks and mortar” hotel in Canada.

[30] Citing the decision in *Kraft Limited v. Registrar of Trade Marks*, [1984] 2 F.C. 874, (1984), 1 C.P.R. (3d) 457 (T.D.) [*Kraft Ltd.*], the Federal Court noted that the

d’une marque. Il a aussi conclu que, de toute manière, Hilton n’avait pas réussi à établir pourquoi elle n’avait jamais construit ni exploité d’hôtel Waldorf Astoria au Canada depuis 1988, l’année où elle a enregistré sa marque de commerce. Cette conclusion a été confirmée par la Cour fédérale, et Miller Thomson ne conteste pas la conclusion relative aux « circonstances spéciales » dans le présent appel.

#### V. La décision de la Cour fédérale

[27] Hilton a appelé de la décision du registraire devant la Cour fédérale en vertu du mécanisme d’appel prévu au paragraphe 56(1) de la Loi. Comme elle était en droit de le faire, Hilton a présenté des éléments de preuve supplémentaires à l’appui de son appel, soit un nouvel affidavit de M. Eriksen, ainsi qu’un affidavit de Linda Elford. M<sup>me</sup> Elford est une spécialiste de la recherche de marques de commerce et son témoignage portait sur l’état du « *L’examen des marques de commerce : Manuel des marchandises et services* » tenu par l’Office de la propriété intellectuelle du Canada (le Manuel).

[28] La Cour fédérale a fait observer que, pour déterminer si l’appelant a démontré l’emploi d’une marque de commerce, la Cour doit effectuer un examen *de novo* de la décision du registraire lorsque sont produits en appel de nouveaux éléments de preuve qui auraient eu un effet substantiel sur la décision : *Mattel*, précité, aux paragraphes 35 et 37; *Brasseries Molson c. John Labatt Ltée*, [2000] 3 C.F. 145, 2000 CanLII 17105 (C.A.) [*John Labatt*], au paragraphe 29, autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée, [[2000] 2 R.C.S. xi], 27839 (14 septembre 2000). Toutefois, lorsque les conclusions de fait ou le traitement des questions par le registraire ne sont pas touchés par les nouveaux éléments de preuve, la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable.

[29] La Cour fédérale a ensuite cherché à déterminer si le propriétaire d’un hôtel peut établir l’« emploi » d’une marque de commerce sans qu’il y ait d’hôtel « traditionnel » au Canada.

[30] Citant la décision *Kraft Limited c. Registraire des marques de commerce*, [1984] 2 C.F. 874 (1<sup>re</sup> inst.) [*Kraft Ltd.*], la Cour fédérale a fait observer que la notion

concept of “services” is to be liberally interpreted, and that “services” may include those that are “incidental” or “ancillary” to the primary service identified in the registration.

[31] After reviewing the evolving jurisprudence regarding the “use” of trademarks in the era of the Internet, the Federal Court observed that it was essential that some aspect of the registered service be offered directly to Canadians or be performed in Canada. People must, moreover, be able to derive a tangible, meaningful benefit from the use of a mark in association with the registered service in Canada in order to establish use of the mark in this country. The Court further noted that determining whether use in Canada had been established required a case-by-case assessment, involving an analysis of the scope of the services referred to in the trademark registration, and of the nature of the benefits that are delivered to people physically present in Canada.

[32] The Federal Court concluded that the Registrar had committed a number of errors in this case. The Court found that she had failed to consider the only evidence that had been submitted with respect to the ordinary commercial understanding of the term “hotel services”, and that she had failed to follow binding authority establishing that the scope of services includes primary, incidental and ancillary services. The Court also found that the Registrar erred in applying the current version of the Manual to interpret the meaning of a registration dating from 1988. Finally, the Court found that the Registrar had erred by failing to consider the actual words used in the registration itself.

[33] Consequently, the Federal Court allowed Hilton’s appeal, set aside the Registrar’s decision and maintained the Mark’s registration on the basis that Hilton established use of the Mark in Canada during the relevant period. The Court also awarded Hilton \$9 000 for legal fees and \$6 600 for disbursements.

de « services » doit être interprétée de façon libérale, et que les « services » peuvent inclure des services qui sont « accessoires » au service principal indiqué dans l’enregistrement.

[31] Après avoir examiné la jurisprudence, en constante évolution, concernant l’« emploi » des marques de commerce à l’ère d’Internet, la Cour fédérale a affirmé qu’il était essentiel que certains éléments du service enregistré soient offerts directement aux Canadiens ou soient exécutés au Canada. Pour que l’emploi de la marque au pays soit établi, il faut en outre que des personnes puissent tirer un avantage concret et important de l’utilisation de la marque en liaison avec le service enregistré au Canada. La Cour a ajouté que la question de savoir si l’emploi au Canada a été établi doit être tranchée au cas par cas, ce qui demande une analyse de la portée des services énoncés dans l’enregistrement de la marque de commerce et de la nature des avantages fournis aux personnes physiquement présentes au Canada.

[32] La Cour fédérale a conclu que le registraire avait commis plusieurs erreurs dans sa décision. La Cour a conclu que le registraire n’avait pas pris en considération les seuls éléments de preuve qui avaient été présentés relativement au sens ordinaire du commerce du terme « services hôteliers » et qu’il n’avait pas suivi la jurisprudence contraignante établissant que la notion de services comprend les services primaires ainsi que les services accessoires. La Cour a également conclu que le registraire avait commis une erreur en appliquant la version actuelle du Manuel pour interpréter le sens d’un enregistrement datant de 1988. Enfin, la Cour a estimé que le registraire avait commis une erreur en ne tenant pas compte des mots expressément utilisés dans l’enregistrement lui-même.

[33] En conséquence, la Cour fédérale a accueilli l’appel de Hilton, a annulé la décision du registraire et a maintenu l’enregistrement de la marque au motif que Hilton avait établi l’emploi de la marque au Canada pendant la période pertinente. La Cour a également accordé à Hilton 9 000 \$ pour ses frais juridiques et 6 600 \$ pour ses débours.

## VI. Issues

[34] The Federal Court’s decision on the merits is the subject of this appeal. The Court’s costs award was the subject of a separate appeal by Miller Thomson, and the two appeals have been consolidated by order of this Court.

[35] The consolidated appeal raises a number of issues, including whether the Federal Court erred in:

1. Its application of the standard of review;
2. Finding that there had been use of the WALDORF ASTORIA mark in Canada during the relevant period; and
3. Fixing the amount of costs in Hilton’s favour.

[36] Hilton has cross-appealed, submitting that in the event that this Court were to determine that it had not established use of the WALDORF ASTORIA mark in Canada in association with “hotel services”, it should be permitted to amend its trademark registration to cover “hotel services, namely hotel reservation services”, which would more properly reflect the actual activities carried on in Canada. The Federal Court had found that it was unnecessary to address this issue in light of its finding that Hilton had indeed established use of the Mark in this country.

[37] Because I have concluded that the Federal Court did not err in finding that Hilton had established use of the WALDORF ASTORIA mark in Canada, it is not necessary to address Hilton’s cross-appeal.

## VII. The Standard of Review to be Applied to the Federal Court’s Decision by this Court

[38] Before considering the issues raised by Miller Thomson, it is first necessary to identify the standards of review that this Court must apply in examining the Federal Court’s decision.

## VI. Les questions en litige

[34] Le présent appel porte sur le bien-fondé de la décision rendue par la Cour fédérale. L’adjudication des dépens a fait l’objet d’un appel distinct par Miller Thomson, et les deux appels ont été regroupés par ordonnance de notre Cour.

[35] L’appel regroupé soulève plusieurs questions, notamment celles de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur :

1. en appliquant la norme de contrôle;
2. en concluant qu’il y a eu emploi de la marque WALDORF ASTORIA au Canada pendant la période pertinente;
3. en déterminant le montant des dépens octroyés à Hilton.

[36] Hilton a présenté un appel incident, faisant valoir que, dans l’hypothèse où notre Cour conclurait qu’elle n’a pas établi l’emploi de la marque WALDORF ASTORIA au Canada en liaison avec des « services hôteliers », elle devrait être autorisée à modifier l’enregistrement de sa marque de commerce pour qu’elle s’applique à des « services hôteliers, à savoir des services de réservation hôtelière », ce qui représenterait plus fidèlement les activités effectivement exercées au Canada. La Cour fédérale a conclu qu’il n’était pas nécessaire d’examiner cette question étant donné sa conclusion selon laquelle Hilton avait effectivement établi l’emploi de la marque au Canada.

[37] Comme j’ai conclu que la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en concluant que Hilton avait établi l’emploi de la marque WALDORF ASTORIA au Canada, il n’est pas nécessaire d’examiner son appel incident.

## VII. La norme de contrôle applicable à la décision de la Cour fédérale

[38] Avant d’examiner les questions soulevées par Miller Thomson, il faut d’abord établir les normes de contrôle que notre Cour doit appliquer dans son examen de la décision de la Cour fédérale.



[39] Prior to the Supreme Court of Canada’s decision in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1 [*Vavilov*], appeals to the Federal Court from decisions of the Registrar of Trademarks were treated as applications for judicial review, notwithstanding the fact that they are described as “appeal[s]” in subsection 56(1) of the *Trademarks Act*. Consequently, in reviewing decisions of the Federal Court in cases such as this, this Court followed the approach articulated by the Supreme Court in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 45–47.

[40] That is, this Court would first consider whether the Federal Court had properly identified the standard of review applicable to the questions at issue, and it would then determine whether the Federal Court had correctly applied that standard.

[41] This has changed as a result of the Supreme Court’s decision in *Vavilov*. There, the Supreme Court held that where Parliament has provided that parties may appeal from an administrative decision to a court, it has subjected the administrative regime to appellate oversight. As a result, regardless of whether there was material new evidence before the Federal Court that could have affected the Registrar’s decision, this Court must now scrutinize the Federal Court’s decision on the appellate basis: *The Clorox Company of Canada, Ltd. v. Chloretec S.E.C.*, 2020 FCA 76, 172 C.P.R. (4th) 351 [*Clorox*]. This requires that the Court apply the standards of review articulated in cases such as *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 [*Housen*]; and *Vavilov*, above, at paragraph 36.

[42] The standard of review to be applied to questions of law is thus correctness. Findings of fact and inferences of fact are to be reviewed on the basis of palpable and overriding error. Findings of mixed fact and law are to be reviewed on the same deferential standard unless an extricable legal error can be demonstrated, in which case the error is subject to review on the correctness standard.

[39] Avant que la Cour suprême rende l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] A.C.S. n° 65 (QL) [*Vavilov*], les appels portés devant la Cour fédérale des décisions du registraire des marques de commerce étaient traités comme des demandes de contrôle judiciaire, nonobstant le fait qu’au paragraphe 56(1) de la *Loi sur les marques de commerce*, on utilisait le mot « appel ». Par conséquent, lorsqu’elle examinait les décisions de la Cour fédérale dans des affaires comme en l’espèce, notre Cour suivait l’approche énoncée par la Cour suprême dans l’arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 45 à 47.

[40] En d’autres termes, notre Cour aurait d’abord cherché à déterminer si la Cour fédérale avait correctement établi la norme de contrôle applicable aux questions en litige, puis elle aurait déterminé si la Cour fédérale avait correctement appliqué cette norme.

[41] L’arrêt *Vavilov* de la Cour suprême a fait changer la situation. Dans cet arrêt, la Cour suprême a conclu que, lorsque le législateur prévoit que les parties peuvent interjeter appel d’une décision administrative devant un tribunal, il assujettit le régime administratif à une compétence d’appel. Par conséquent, indépendamment du fait qu’il y a eu de nouveaux éléments de preuve importants devant la Cour fédérale qui auraient pu avoir une incidence sur la décision du registraire, notre Cour doit maintenant examiner la décision de la Cour fédérale dans un processus d’appel : *The Clorox Company of Canada, Ltd. c. Chloretec S.E.C.*, 2020 CAF 76, [2020] A.C.F. n° 508 (QL) [*Clorox*]. Cela signifie que notre Cour doit appliquer les normes de contrôle énoncées dans les arrêts *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 [*Housen*], et *Vavilov*, précité, au paragraphe 36.

[42] La norme de contrôle applicable aux questions de droit est donc celle de la décision correcte. Les conclusions et les déductions de fait doivent être examinées selon la norme de l’erreur manifeste et dominante. Les conclusions mixtes de fait et de droit doivent être examinées selon la même norme empreinte de retenue, à moins qu’une erreur de droit isolable puisse être démontrée, auquel cas cette erreur est examinée selon la norme de la décision correcte.

[43] This then takes us to Miller Thomson’s first issue, which relates to the standard of review that was applied by the Federal Court in reviewing the Registrar’s decision in this case.

VIII. Did the Federal Court Err in its Application of the Standard of Review in this Case?

[44] *Vavilov* has also had an impact on the standards of review to be applied by the Federal Court in proceedings under subsection 56(1) of the Act, given that such proceedings are now to be treated as appeals, rather than as applications for judicial review.

[45] Prior to *Vavilov*, the standards of review identified in cases such as *Mattel*, above, at paragraphs 35–39, and *John Labatt*, above, at paragraphs 23–29, were to be applied by the Federal Court in appeals from the Registrar of Trademarks. In accordance with this jurisprudence, the Registrar’s findings of fact and exercise of discretion were subject to review on the reasonableness standard. The Court could, however, engage in a *de novo* review of a Registrar’s decision if it found that additional evidence presented on the appeal would have materially affected the Registrar’s findings of fact or the exercise of discretion: *John Labatt*, above, at paragraph 29.

[46] As the Federal Court’s decision in this case predated the Supreme Court’s decision in *Vavilov*, the *Mattel* and *John Labatt* standards were the standards of review that were applied by the Federal Court in considering Hilton’s appeal.

[47] The requirement that the Federal Court conduct a correctness review with respect to issues for which there is material new evidence before it has not changed as a result of the *Vavilov* decision: *Clorox*, above, at paragraph 21. In such cases, the Court is still entitled to substitute its opinion for that of the Registrar.

[43] Cela nous amène à la première question soulevée par Miller Thomson, qui concerne la norme de contrôle que la Cour fédérale a appliquée dans son examen de la décision du registraire.

VIII. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur dans son application de la norme de contrôle en l’espèce?

[44] L’arrêt *Vavilov* a également eu une incidence sur les normes de contrôle que doit appliquer la Cour fédérale dans les procédures prévues au paragraphe 56(1) de la Loi, étant donné que ces procédures doivent désormais être traitées comme des appels plutôt que comme des demandes de contrôle judiciaire.

[45] Avant l’arrêt *Vavilov*, les normes de contrôle énoncées dans des arrêts comme *Mattel*, précité, aux paragraphes 35 à 39, et *John Labatt*, précité, aux paragraphes 23 à 29, devaient être appliquées par la Cour fédérale dans le cadre d’appels de décisions du registraire des marques de commerce. Conformément à cette jurisprudence, les conclusions de fait et l’exercice du pouvoir discrétionnaire du registraire faisaient l’objet d’un contrôle selon la norme de la décision raisonnable. La Cour pouvait toutefois procéder à un examen *de novo* d’une décision du registraire si elle estimait que les éléments de preuve supplémentaires présentés dans l’appel auraient eu une incidence importante sur les conclusions de fait du registraire ou sur l’exercice de son pouvoir discrétionnaire : *John Labatt*, précité, au paragraphe 29.

[46] Comme la décision de la Cour fédérale en l’espèce est antérieure à l’arrêt *Vavilov* de la Cour suprême, les normes établies dans les arrêts *Mattel* et *John Labatt* ont été les normes de contrôle que la Cour fédérale a appliquées en examinant l’appel de Hilton.

[47] L’exigence selon laquelle la Cour fédérale doit procéder à un contrôle selon la norme de la décision correcte à l’égard des questions pour lesquelles elle est saisie de nouveaux éléments de preuve importants n’a pas changé en conséquence de l’arrêt *Vavilov* : *Clorox*, précité, au paragraphe 21. Dans de tels cas, la Cour peut substituer son opinion à celle du registraire.

[48] Where the standard of review applicable to Registrar's decisions has changed as a result of *Vavilov* is where there is no new evidence before the Federal Court that would materially have affected the decision under appeal: *Clorox*, above, at paragraph 22. The standards of review to be applied by the Federal Court in such cases are the appellate standards of correctness and palpable and overriding error that were prescribed by the Supreme Court in *Housen: Clorox*, above, at paragraphs 22–23.

[49] Notwithstanding the change in the law, I do not understand Miller Thomson to take issue with the Federal Court's identification of the applicable standards of review in this case. I also do not understand it to be arguing that the result would have been different had the Federal Court applied the *Vavilov* standard of palpable and overriding error rather than the *Mattel* standard of reasonableness to issues of fact and mixed fact and law. Miller Thomson submits rather that the Federal Court did not apply the deferential standard of review correctly in assessing the materiality of the new evidence adduced by Hilton on the appeal.

[50] Insofar as Mr. Eriksen's second affidavit is concerned, Miller Thomson submits that it is impossible to determine which standard of review was applied by the Federal Court to which issue. It also contends that, in any event, there was nothing in Mr. Eriksen's second affidavit that would have materially affected the Registrar's decision.

[51] Miller Thomson also says that the Federal Court did not address whether Ms. Elford's affidavit would have materially affected the Registrar's decision and that, in any event, the Registrar's comments with respect to the hotel-related services listed in the Manual were made in *obiter*. Miller Thomson further contends that there was nothing in Ms. Elford's affidavit that could have affected the Registrar's decision in any way.

[48] Là où la norme de contrôle applicable aux décisions du registraire a changé en conséquence de l'arrêt *Vavilov*, c'est lorsqu'il n'y a pas de nouveaux éléments de preuve produits devant la Cour fédérale qui auraient eu une incidence importante sur la décision faisant l'objet de l'appel : *Clorox*, précité, au paragraphe 22. Les normes de contrôle que la Cour fédérale doit appliquer dans de tels cas sont les normes de compétence d'appel que sont la décision correcte et l'erreur manifeste et dominante, prescrites par la Cour suprême dans l'arrêt *Housen : Clorox*, précité, aux paragraphes 22 et 23.

[49] Nonobstant la modification du droit applicable, je ne comprends pas pourquoi Miller Thomson conteste la conclusion tirée par la Cour fédérale quant aux normes de contrôle à appliquer en l'espèce. Je ne crois pas qu'on soutienne que le résultat aurait été différent si la Cour fédérale avait appliqué aux questions de fait et aux questions mixtes de fait et de droit la norme de l'erreur manifeste et dominante énoncée dans l'arrêt *Vavilov* plutôt que la norme de la décision raisonnable énoncée dans l'arrêt *Mattel*. Miller Thomson soutient plutôt que la Cour fédérale n'a pas appliqué correctement la norme de contrôle commandant de la retenue dans son examen de l'importance des nouveaux éléments de preuve produits par Hilton en appel.

[50] Quant au deuxième affidavit de M. Eriksen, Miller Thomson soutient qu'il est impossible de déterminer la norme de contrôle qu'a appliquée la Cour fédérale pour chaque question. Elle soutient également que, en tout état de cause, rien dans le deuxième affidavit de M. Eriksen n'aurait pu avoir une incidence importante sur la décision du registraire.

[51] Miller Thomson soutient également que la Cour fédérale ne s'est pas penchée sur la question de savoir si l'affidavit de M<sup>me</sup> Elford aurait eu une incidence importante sur la décision du registraire et que, en tout état de cause, les observations du registraire au sujet des services hôteliers énumérés dans le Manuel étaient des observations incidentes. Miller Thomson soutient en outre que rien dans l'affidavit de M<sup>me</sup> Elford n'aurait pu avoir quelque incidence que ce soit sur la décision du registraire.

[52] I cannot accept Miller Thomson’s submissions.

[53] Material new evidence is evidence that is “sufficiently substantial and significant” and “of probative value”: *Clorox*, above, at paragraph 21, citing *Vivat Holdings Ltd. v. Levi Strauss & Co.*, 2005 FC 707, 276 F.T.R. 40, at paragraph 27, and *Tradition Fine Foods Ltd. v. Groupe Tradition’l Inc.*, 2006 FC 858, 296 F.T.R. 216, at paragraph 58.

[54] A question as to the materiality of new evidence is a question of mixed fact and law. As a result, findings of this nature will stand in the absence of a palpable and overriding error or an extricable error of law: *Clorox*, above, at paragraph 19, citing *Monster Cable Products, Inc. v. Monster Daddy, LLC*, 2013 FCA 137, 445 N.R. 379, at paragraph 4.

[55] It is clear from paragraphs 10–13 of the Federal Court’s decision that it understood the relevance that new evidence has for the standard of review in an appeal from a section 45 decision. The Federal Court also understood the need for it to address the nature, significance, probative value and reliability of that evidence in identifying the appropriate standard of review to be applied to the Registrar’s decision.

[56] After discussing the new evidence that had been adduced by Hilton the Court concluded at paragraph 27 of its reasons that the standard of review to be applied on this appeal was “correctness in relation to the issues addressed by the new evidence”, and that it would otherwise apply the standard of reasonableness in its review of the Registrar’s decision.

[57] Insofar as Ms. Elford’s evidence is concerned, she is an experienced trademark searcher whose evidence was directed at the state of the Manual at various times. This Manual lists the types of services that will be accepted for inclusion in trademark registrations. Ms. Elford’s affidavit also addressed her understanding

[52] Je ne peux pas souscrire aux observations de Miller Thomson.

[53] De nouveaux éléments de preuve pertinents sont des éléments qui sont « suffisamment important[s] » et « de valeur probante » : *Clorox*, précité, au paragraphe 21, citant *Vivat Holdings Ltd. c. Levi Strauss & Co.*, 2005 CF 707, [2005] A.C.F. n° 893 (QL), au paragraphe 27, et *Tradition Fine Foods Ltd. c. Groupe Tradition’L Inc.*, 2006 CF 858, [2006] A.C.F. n° 1089 (QL), au paragraphe 58.

[54] La question de l’importance des nouveaux éléments de preuve est une question mixte de fait et de droit. En conséquence, les conclusions de cette nature demeureront valables, à moins qu’il n’y ait erreur manifeste et dominante ou erreur de droit isolable : *Clorox*, précité, au paragraphe 19, citant *Monster Cable Products, Inc. c. Monster Daddy, LLC*, 2013 CAF 137, [2013] A.C.F. n° 589 (QL), au paragraphe 4.

[55] Il ressort clairement des paragraphes 10 à 13 de la décision de la Cour fédérale que cette dernière a bien saisi l’importance qu’ont les nouveaux éléments de preuve sur la norme de contrôle à appliquer dans un appel visant une décision rendue en vertu de l’article 45. La Cour fédérale a également compris qu’il lui fallait examiner la nature, l’importance, la valeur probante et la fiabilité de ces éléments de preuve afin de déterminer la norme de contrôle qu’il convenait d’appliquer à la décision du registraire.

[56] Après avoir examiné les nouveaux éléments de preuve produits par Hilton, la Cour a conclu, au paragraphe 27 de ses motifs, que la norme de contrôle à appliquer en l’espèce était celle de la « décision correcte pour ce qui a trait aux questions visées par les nouveaux éléments de preuve » et qu’elle appliquerait pour le reste la norme du caractère raisonnable dans son contrôle de la décision du registraire.

[57] En ce qui concerne l’affidavit de M<sup>me</sup> Elford, cette dernière est une spécialiste expérimentée de la recherche de marques dont le témoignage portait sur l’état du Manuel à différents moments. Ce Manuel énumère les types de services pouvant être inclus dans les enregistrements de marques de commerce. Dans son affidavit,

of the practice that was followed with respect to additions to and deletions from the Manual.

[58] Ms. Elford stated in her affidavit that she had been asked by Hilton’s counsel to locate the oldest possible copy of the Manual. She was also asked to search for the terms “hotel services”, “hotel reservation services”, “reservation services”, “booking services”, and “management of hotels” in that version of the Manual.

[59] Ms. Elford stated that the earliest version of the Manual that she could locate was one dated January 18, 2006. This Manual listed “hotel services” and “management of hotels” as acceptable services, but it did not contain the terms “hotel reservation services”, “reservation services” or “booking services”.

[60] Ms. Elford further asserted that although she was unable to locate an earlier copy of the Manual, in her 45 years of experience, she did not recall ever seeing a term added to the Manual, that was subsequently removed, and then re-added. Accordingly, she did not believe that the terms “hotel reservation services”, “reservation services” or “booking of hotels” were listed in any edition of the Manual prior to January 18, 2006.

[61] The Registrar had referred to the current version of the Manual in considering whether the term “hotel services” includes services such as “reservation services”. In concluding that this was not the case, the Registrar noted that the Manual “expressly provides for the terms ‘hotel services’ and ‘hotels’ as pre-approved terms, separate from other hotel related services like ‘hotel reservations’, ‘hotel room booking services’, ‘hotel management’, and ‘hotel management for others’”. While the Registrar’s comments with respect to the Manual were prefaced by the phrase “[a]s an aside”, the discussion with respect to the state of the Manual clearly formed part of her analysis of the issue of use, and was not merely *obiter*.

M<sup>me</sup> Elford présentait également son point de vue sur la pratique qui avait été suivie relativement aux ajouts et aux suppressions apportés au Manuel.

[58] M<sup>me</sup> Elford a déclaré dans son affidavit que l’avocat de Hilton lui avait demandé de trouver la version la plus ancienne possible du Manuel. On lui a également demandé de rechercher les termes [TRADUCTION] « services hôteliers », [TRADUCTION] « services de réservation d’hôtels », [TRADUCTION] « services de réservation » et [TRADUCTION] « gestion d’hôtels » dans cette version du Manuel.

[59] M<sup>me</sup> Elford a déclaré que la version la plus ancienne du Manuel qu’elle a pu trouver était celle du 18 janvier 2006. Ce manuel nomme les « services hôteliers » et la « gestion d’hôtels » comme étant des services acceptables, mais il ne contient pas les termes [TRADUCTION] « services de réservation d’hôtels » ou [TRADUCTION] « services de réservation ».

[60] M<sup>me</sup> Elford a en outre affirmé que, bien qu’elle n’ait pu trouver de version plus ancienne du Manuel, elle ne se souvenait pas d’avoir vu, en 45 ans d’expérience, un terme qui ait été ajouté au Manuel, puis qui y ait été retiré avant d’y être plus tard réintégré. Par conséquent, elle a estimé que les termes [TRADUCTION] « services de réservation d’hôtels », [TRADUCTION] « services de réservation » ou [TRADUCTION] « réservations d’hôtels » aient pu figurer dans une version du Manuel antérieure à celle du 18 janvier 2006.

[61] Le registraire s’est reporté à la version actuelle du Manuel pour déterminer si le terme « services hôteliers » inclut des services comme les « services de réservation ». En concluant que ce n’était pas le cas, le registraire a affirmé que le Manuel « prévoit expressément les termes [TRADUCTION] “services hôteliers” et “hôtels” comme termes préapprouvés, distincts d’autres services liés aux hôtels comme la [TRADUCTION] “réservation d’hôtels”, les “services de réservation d’hôtels”, la “gestion hôtelière” et la “gérance administrative d’hôtels pour des tiers” ». Bien que les observations du registraire sur le Manuel aient été précédées de la mention « [p]ar ailleurs » (en anglais, « *[a]s an aside* »), l’analyse relative à

[62] Ms. Elford’s evidence was directed to this issue. While Hilton’s WALDORF ASTORIA mark was registered in Canada in 1988, Ms. Elford’s evidence suggests that the Manual in effect at the time of registration did not include “hotel reservation services, reservation services and booking of hotels”.

[63] The Federal Court found that Ms. Elford’s evidence with respect to the state of the Manual was not expert evidence, but was simply a statement of fact as to matters within her personal knowledge. Insofar as her statement regarding her personal knowledge of the practice of the Trademarks Office with respect to additions to the Manual was concerned, the Court found that this was a statement of fact that was admissible on the appeal, but that it was of limited probative value. To the extent that Ms. Elford purported to provide opinion evidence, or that Hilton sought to rely on her evidence as support for propositions that went beyond these factual statements, the Court found that her evidence was not admissible.

[64] The Federal Court specifically addressed the materiality of Ms. Elford’s evidence at paragraph 24 of its reasons. It found her affidavit to present “evidence which is both admissible and probative” to the extent that it referred to the copy of the Manual that was in Ms. Elford’s possession, and her personal knowledge about additions to the Manual. The Court noted [at paragraph 25] that evidence with respect to earlier versions of the Manual was material as it “could have prevented the Registrar from erring by referring to the current version”.

[65] The Court further observed [at paragraph 25] that Ms. Elford’s evidence was relevant to what the Court identified as being “the key issue in this case”—namely whether use of the Mark had been demonstrated in association with “hotel services”, or whether it was necessary

l’état du Manuel faisait clairement partie de son analyse de la question de l’emploi et n’était pas une simple remarque incidente.

[62] Le témoignage de M<sup>me</sup> Elford portait sur cette question. Il ressort de ce témoignage que, bien que la marque WALDORF ASTORIA de Hilton ait été enregistrée au Canada en 1988, le Manuel en vigueur à cette date ne comprenait pas [TRADUCTION] « les services de réservation d’hôtels, les services de réservation et la réservation d’hôtels ».

[63] La Cour fédérale a conclu que le témoignage de M<sup>me</sup> Elford concernant l’état du Manuel n’était pas un témoignage d’expert, mais un simple exposé des faits concernant des questions relevant de sa connaissance personnelle. En ce qui concerne sa déclaration relative à sa connaissance personnelle des pratiques du Bureau des marques de commerce relativement aux ajouts au Manuel, la Cour a conclu qu’il s’agissait d’un exposé des faits qui était recevable en appel, mais qu’il avait une valeur probante limitée. En ce qui concerne l’intention de M<sup>me</sup> Elford de fournir un témoignage d’expert ou l’intention de Hilton de se fonder sur son témoignage pour étayer des propositions allant au-delà des faits énoncés, la Cour a conclu que le témoignage de M<sup>me</sup> Elford n’était pas recevable.

[64] La Cour fédérale a expressément parlé de l’importance du témoignage de M<sup>me</sup> Elford au paragraphe 24 de ses motifs. La Cour a conclu que son affidavit présentait des éléments de preuve « admissibles et probants » pour ce qui était de l’exemplaire du Manuel qu’avait en sa possession M<sup>me</sup> Elford et de sa connaissance personnelle quant aux ajouts au Manuel. La Cour a noté [au paragraphe 25] que le témoignage relatif aux versions antérieures du Manuel était important, car il « aurait empêché le registraire de commettre l’erreur de se fonder sur sa version actuelle ».

[65] La Cour a en outre observé [au paragraphe 25] que le témoignage de M<sup>me</sup> Elford était utile pour ce que la Cour a appelé « la question centrale ici », c’est-à-dire la question de savoir si l’emploi de la marque avait été démontré en liaison avec des « services hôteliers » ou



to specify “hotel reservation services” in the trademark registration. At paragraph 73 of its reasons the Federal Court found that the Registrar had erred “in applying the current version of the Manual to interpret the meaning of a registration dating from 1988”.

[66] It is clear from this that the Federal Court understood that the standard of review applicable to the Manual issue depended on whether Ms. Elford’s evidence was admissible and probative, and whether it could have affected the Registrar’s decision. The Federal Court clearly accepted that this was the case with respect to certain identified portions of her evidence, and that the Registrar had erred in relying on terms that were added to the Manual after the Mark had been registered to interpret the meaning of the services in question. Miller Thomson has not established that the Court erred in this regard insofar as the application of the standard of review is concerned.

[67] The Federal Court’s reasons are less clear with respect to the impact of the evidence contained in Mr. Eriksen’s second affidavit. The Court noted that this affidavit provided better copies of certain exhibits that had been attached to Mr. Eriksen’s original affidavit, specifically screen shots of various pages from the Hilton website. The Court found that nothing turned on the quality of the copies of the original exhibits, and that this portion of Mr. Eriksen’s second affidavit was repetitive and thus would not affect the standard of review.

[68] The Court then observed that Mr. Eriksen’s second affidavit also provided information regarding the relationship between the various corporate entities within the Hilton group of companies, as well as additional information with respect to the operation of Hilton’s hotel reservation systems in Canada. The Court stated [at paragraph 20] that “[t]his information supplements that which was contained in his original affidavit and is of some probative value, as will be explained below”.

[69] The Federal Court returned to Mr. Eriksen’s second affidavit at paragraph 94 of its reasons. There it

s’il était nécessaire de préciser « services de réservation en rapport avec des hôtels » dans l’enregistrement de la marque de commerce. Au paragraphe 73 de ses motifs, la Cour fédérale a conclu que le registraire avait commis une erreur, car « la version actuelle du Manuel a servi de fondement à l’interprétation d’un enregistrement remontant à 1988 ».

[66] Il ressort clairement de ceci que la Cour fédérale a compris que la norme de contrôle applicable à la question du Manuel dépendait de la question de savoir si l’affidavit de M<sup>me</sup> Elford était admissible et probant et s’il aurait pu avoir une incidence sur la décision du registraire. La Cour fédérale a clairement reconnu que tel était le cas pour certaines parties désignées de son témoignage et que le registraire avait commis une erreur en se fondant sur des termes qui avaient été ajoutés au Manuel après l’enregistrement de la marque pour établir le sens des services en cause. Miller Thomson n’a pas établi que la Cour a commis une erreur à cet égard relativement à l’application de la norme de contrôle.

[67] Les motifs de la Cour fédérale sont moins clairs en ce qui concerne l’incidence du témoignage figurant dans le deuxième affidavit de M. Eriksen. La Cour a fait observer que cet affidavit fournissait de meilleures copies de certaines pièces qui avaient été jointes à l’affidavit original de M. Eriksen, plus précisément des captures d’écran de diverses pages du site Web de Hilton. La Cour a conclu que rien ne dépendait de la qualité des copies des pièces originales et que cette partie du deuxième affidavit de M. Eriksen était redondante et n’aurait donc aucune incidence sur la norme de contrôle.

[68] La Cour a ensuite fait observer que le deuxième affidavit de M. Eriksen fournissait également des renseignements sur le lien entre les diverses personnes morales formant le groupe Hilton ainsi que sur le fonctionnement au Canada des systèmes de réservation de chambres dans les hôtels Hilton. La Cour a affirmé [au paragraphe 20] que « [c]es compléments d’information par rapport au premier affidavit recèlent une certaine valeur probante, comme il sera expliqué plus loin ».

[69] La Cour fédérale est revenue sur le deuxième affidavit de M. Eriksen au paragraphe 94 de ses motifs.

stated that this affidavit “clarified [that] the reservations system is operated by Hilton Reservations Worldwide on behalf of the Hilton chain of companies, including the Waldorf Astoria”, and that “[t]he Waldorf-Astoria trademark appears on the web site at the time of making the booking and payment, as well as on e-mail confirmations sent to customers”.

[70] While it would have been helpful, there is no express discussion in the Federal Court’s reasons as to the significance that the evidence in Mr. Eriksen’s second affidavit (apart from the screen shots) had for the standard of review, beyond its statement at paragraph 94 and its comment that this evidence was of “some probative value”. In contrast to the Court’s finding that Ms. Elford’s evidence was relevant as it “could have prevented the Registrar from erring by referring to the current version” [at paragraph 25], there is no similar suggestion in the Federal Court’s reasons that the evidence contained in Mr. Eriksen’s second affidavit could have affected the Registrar’s decision.

[71] This, coupled with the fact that the Federal Court clearly understood the implications that new evidence can have for the standard of review in a section 45 appeal, leads to the inference that the Court did not find Mr. Eriksen’s new evidence to have been sufficiently probative as to permit a *de novo* consideration of the issue. Indeed, as will be seen later, the Federal Court expressly found certain aspects of the Registrar’s decision to have been unreasonable, not incorrect. No error has thus been demonstrated in this regard.

[72] This then takes us to the central issue in this appeal, which is whether the Federal Court erred in finding that there had been use of the WALDORF ASTORIA mark in Canada during the relevant period.

Elle y a déclaré que cet affidavit « précise que le système de réservation est exploité par Hilton Reservations Worldwide au nom de la chaîne de sociétés Hilton, dont Waldorf-Astoria fait partie » et que « [l]a marque de commerce Waldorf-Astoria est affichée au site Web lorsque la réservation et le paiement sont effectués, de même que sur les confirmations transmises aux clients par messagerie électronique ».

[70] Bien que cela eût été utile, il n’y a pas d’analyse expresse dans les motifs de la Cour fédérale quant à l’importance qu’ont eue les éléments de preuve du deuxième affidavit de M. Eriksen (à l’exception des captures d’écran) relativement à la norme de contrôle, hormis la déclaration au paragraphe 94 et l’observation selon laquelle ces éléments de preuve avaient « une certaine valeur probante ». En contraste avec la conclusion de la Cour selon laquelle le témoignage de M<sup>me</sup> Elford était pertinent, car il « aurait empêché le registraire de commettre l’erreur de se fonder sur sa version actuelle » [au paragraphe 25], il n’y a aucune indication semblable dans les motifs de la Cour fédérale selon laquelle le témoignage présenté dans le deuxième affidavit de M. Eriksen aurait pu avoir une incidence sur la décision du registraire.

[71] Ceci, ajouté au fait que la Cour fédérale a clairement compris l’incidence que de nouveaux éléments de preuve peuvent avoir sur la norme de contrôle applicable dans un appel visant une décision rendue en vertu de l’article 45, mène à la conclusion que la Cour fédérale n’a pas jugé que le nouveau témoignage de M. Eriksen était suffisamment probant pour justifier un examen *de novo* de la question en litige. En effet, comme on le verra plus loin, la Cour fédérale a expressément jugé que certains éléments de la décision du registraire étaient déraisonnables, et non incorrects. Aucune erreur n’a donc été démontrée à cet égard.

[72] Cela nous amène ensuite à la question centrale dans le présent appel, à savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant qu’il y avait eu emploi de la marque WALDORF ASTORIA au Canada pendant la période pertinente.

IX. Did the Federal Court Err in Finding that there had been Use of the WALDORF ASTORIA Mark in Canada?

[73] Miller Thomson asserts that the Federal Court made several errors in finding that there had been use of the WALDORF ASTORIA mark in Canada during the relevant period, including misstating the relevant statutory test, and misinterpreting the term “hotel services”. The Federal Court further erred, Miller Thomson says, in finding that use of a mark with respect to services that are ancillary to the registered services is sufficient to establish use of a mark in Canada for the purposes of section 45 of the *Trademarks Act*.

(a) *Did the Federal Court Misstate the Applicable Statutory Test?*

[74] As noted, Miller Thomson submits that the Federal Court misstated the test for “use” of a mark in association with services under subsection 4(2) of the Act. This provision deems a mark to be “used in association with services if it is used or displayed in the performance or advertising of those services”.

[75] According to Miller Thomson, the Federal Court improperly conflated the question of whether Hilton had demonstrated use of the WALDORF ASTORIA mark in Canada with the question of whether the WALDORF ASTORIA mark enjoyed a reputation in Canada. It submits that whether or not the WALDORF ASTORIA mark distinguished any Hilton hotel services from hotel or other services of others was not in issue in this case. However, Miller Thomson contends that the Federal Court stated [at paragraph 72] that an analysis based on distinctiveness was “the approach [it would] apply in considering the scope of use in the context of hotel services”.

[76] I do not accept this submission. When the comments at paragraph 72 of the Federal Court’s reasons are read in context, it appears that what the Court was

IX. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en concluant qu’il y avait eu emploi de la marque WALDORF ASTORIA au Canada?

[73] Miller Thomson soutient que la Cour fédérale a commis plusieurs erreurs en concluant que la marque WALDORF ASTORIA avait été employée au Canada pendant la période pertinente, notamment en énonçant de manière erronée le critère juridique applicable et en interprétant de manière erronée le terme « services hôteliers ». La Cour fédérale a également commis une erreur, selon Miller Thomson, en concluant que l’utilisation d’une marque pour des services accessoires aux services enregistrés est suffisante pour établir l’emploi d’une marque au Canada pour l’application de l’article 45 de la *Loi sur les marques de commerce*.

a) *La Cour fédérale a-t-elle énoncé de manière erronée le critère juridique applicable?*

[74] Comme il est écrit ci-dessus, Miller Thomson soutient que la Cour fédérale a énoncé de manière erronée le critère applicable à l’« emploi » d’une marque en liaison avec des services au sens du paragraphe 4(2) de la Loi. Ce paragraphe dispose qu’une « marque de commerce est réputée employée en liaison avec des services si elle est employée ou montrée dans l’exécution ou l’annonce de ces services ».

[75] Selon Miller Thomson, la Cour fédérale a indûment confondu la question de savoir si Hilton avait démontré l’emploi de la marque WALDORF ASTORIA au Canada avec celle de savoir si la marque WALDORF ASTORIA jouissait d’une réputation au Canada. Elle soutient que la question de savoir si la marque WALDORF ASTORIA permettait ou non de distinguer les services hôteliers de Hilton de services hôteliers ou autres de tiers n’est pas en cause en l’espèce. Toutefois, Miller Thomson soutient que la Cour fédérale a déclaré [au paragraphe 72] qu’une analyse fondée sur le caractère distinctif était la « logique qui guidera[it] [s]on analyse de la portée de la notion d’emploi dans le contexte des services hôteliers ».

[76] Je ne puis souscrire à cette observation. Lorsqu’on lit les observations figurant au paragraphe 72 des motifs de la Cour fédérale dans leur contexte, il apparaît que la

referring to was the need to consider the question of use from both the perspective of the owner of the trademark and of the consumer, and not whether the Mark was distinctive.

[77] Miller Thomson also asserts that the Federal Court found that an ordinary customer making a binding contract for the reservation of a hotel room and receiving a discounted room rate as well as loyalty points for the booking would conclude that they were receiving an aspect of “hotel services” in Canada, or services that were ancillary to their hotel stay. However, the statutory test is not whether someone received an aspect of the registered services; it is whether the registered services were performed in Canada.

[78] Miller Thomson further submits that the question is whether the registered services were performed in Canada “as those registered services would be understood in ordinary commercial terms”. Rather than applying this test, Miller Thomson submits that the Federal Court asked whether “hotel services” included booking services, and whether persons in Canada benefit from those services.

[79] In support of this contention, Miller Thomson notes that the Federal Court [at paragraph 66] identified the issues before it as being whether Hilton had established:

(a) that the scope of the term ‘hotel services’ in ordinary commercial use at the relevant time (per s. 30 of the *Act*) encompassed reservation and booking services; and

(b) that persons in Canada benefitted from these services during the relevant period.

[80] Miller Thomson submits that the correct question that the Federal Court was required to ask was “[d]id any of the activities at issue constitute the performance of ‘hotel services’ in Canada as that term would be understood in ordinary commercial terms?”.

Cour faisait référence à la nécessité d’examiner la question de l’emploi à la fois du point de vue du propriétaire de la marque de commerce et de celui du consommateur, et non pas à la question de savoir si la marque était distinctive.

[77] Miller Thomson soutient également que la Cour fédérale a estimé qu’un client ordinaire concluant un contrat contraignant pour la réservation d’une chambre d’hôtel et bénéficiant d’un tarif réduit ainsi que de points de fidélité pour la réservation conclurait qu’il reçoit un élément des « services hôteliers » au Canada ou des services accessoires à son séjour à l’hôtel. Toutefois, le critère juridique n’est pas de savoir si une personne a reçu un élément des services enregistrés, mais de savoir si les services enregistrés ont été exécutés au Canada.

[78] Miller Thomson soutient en outre que la question est de savoir si les services enregistrés qui ont été exécutés au Canada [TRADUCTION] « constituent des services enregistrés au sens ordinaire du commerce des termes de l’enregistrement ». Elle fait valoir que, plutôt que d’appliquer ce critère, la Cour fédérale a examiné si les « services hôteliers » comprenaient les services de réservation et si des personnes au Canada profitent de ces services.

[79] À l’appui de cette affirmation, Miller Thomson note que la Cour fédérale [au paragraphe 66] a déterminé que les questions dont elle était saisie étaient de savoir si Hilton avait établi :

a) que la portée du terme « services hôteliers », dans son sens commercial ordinaire au cours de la période pertinente (conformément à l’article 30 de la Loi) englobe les réservations et les services de réservation, et

b) que des personnes se trouvant au Canada ont tiré avantage de tels services au cours de la période pertinente.

[80] Miller Thomson soutient que la question correcte à laquelle la Cour fédérale devait répondre était la suivante : [TRADUCTION] « L’une ou l’autre des activités visées constitue-t-elle une prestation de “services hôteliers” au Canada au sens ordinaire du commerce de ce terme? »

[81] Findings by the Registrar as to the meaning of the term “use” for the purposes of section 45 of the Act are subject to review on the correctness standard: *Cosmetic Warriors Limited v. Riches, McKenzie & Herbert LLP*, 2019 FCA 48, [2019] 3 F.C.R. 125 [*Cosmetic Warriors*], at paragraphs 16–17. The Federal Court was thus entitled to determine whether the Registrar’s decision with respect to the meaning of “use” was correct. This Court is also entitled to apply the correctness standard to the Federal Court’s findings on this issue.

[82] It is evident from paragraph 35 of the Federal Court’s reasons that it was aware that the issue was whether Hilton had established that some aspect of “hotel services” were performed or delivered in Canada. There, the Court observed that subsection 4(2) of the Act deems a mark to be used in association with “services” if it is used or displayed in the performance or advertising of those services. The Court went on in the same paragraph to expressly state that use will not be established where no aspect of the services themselves are performed or delivered in Canada: citing *Don the Beachcomber*, above, and *Marineland*, above.

[83] Similarly, after reviewing the relevant authorities on the question of “use”, the Federal Court observed at paragraph 56 of its reasons that “the concept of performing or delivering services to Canadians underlies all of these authorities”. The Court went on in that paragraph to note that “the concept of performing services is key”. At paragraph 76 of its reasons, the Federal Court concluded that reservation or booking services “would commonly be understood to be included in the scope of the term ‘hotel services’, as part of the ordinary expectation of what is involved in the performance of hotel services”.

[84] It is apparent from these statements that the Federal Court correctly understood the test for “use” for the purposes of the section 45 analysis, and no error has been established by Miller Thomson in this regard.

[81] Les conclusions du registraire quant au sens du terme « emploi » pour l’application de l’article 45 de la Loi sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte : *Cosmetic Warriors Limited c. Riches, McKenzie & Herbert LLP*, 2019 CAF 48, [2019] 3 R.C.F. 125 [*Cosmetic Warriors*], aux paragraphes 16 et 17. La Cour fédérale pouvait donc déterminer si la décision du registraire à l’égard du sens du terme « emploi » était correcte. Notre Cour a également le droit d’appliquer la norme de la décision correcte aux conclusions de la Cour fédérale sur cette question.

[82] Il ressort du paragraphe 35 des motifs de la Cour fédérale que cette dernière avait conscience que la question en litige était de savoir si Hilton avait établi qu’un certain élément des « services hôteliers » avait été effectué ou fourni au Canada. À cet égard, la Cour a fait observer que, du fait du paragraphe 4(2) de la Loi, une marque de commerce est réputée employée en liaison avec des « services » si elle est employée ou montrée dans l’exécution ou l’annonce de ces services. La Cour a ensuite indiqué expressément dans le même paragraphe que l’emploi ne sera pas établi lorsqu’aucun élément des services eux-mêmes n’est exécuté ou fourni au Canada : citant les décisions *Don the Beachcomber* et *Marineland*, précitées.

[83] De même, après avoir passé en revue la jurisprudence pertinente sur la question de l’« emploi », la Cour fédérale a observé au paragraphe 56 de ses motifs que « la notion d’exécution ou de fourniture de services à des Canadiens est sous-jacente dans toute la jurisprudence susmentionnée ». La Cour a ajouté dans ce paragraphe que « la notion de l’exécution des services est centrale ». Au paragraphe 76 de ses motifs, la Cour fédérale a conclu que, « selon le sens commun, ces services [de réservation] sont compris dans la portée du terme “services hôteliers”, et l’on s’attendrait normalement à ce qu’ils fassent partie des services hôteliers fournis. Qui plus est, tous vont au-delà de l’emplacement physique de l’hôtel ou de la chambre. »

[84] Il ressort de ces affirmations que la Cour fédérale a correctement compris le critère applicable à l’« emploi » dans l’analyse effectuée au titre de l’article 45, et Miller Thomson n’a démonté aucune erreur à cet égard.

(b) *The Ordinary Commercial Understanding of the Term “Hotel Services”*

[85] Before it can be determined whether a particular service is performed in Canada, however, it must first be determined which activities are encompassed within the service in question, in light of the ordinary commercial meaning of the term. It is only once the scope of the services identified in the registration has been identified that the analysis can shift to whether these services have been performed in this country.

[86] Miller Thomson notes that, in accordance with section 30 of the Act, the test for “use” of a mark in association with services is whether the registered services were performed in Canada “as those registered services would be understood in ordinary commercial terms”. It takes issue with the Federal Court’s finding that the term “hotel services” “naturally includes a series of related things, some of which can only be delivered at the physical hotel, but some of which are naturally now able to be ‘performed’ (from the owner’s perspective), or ‘enjoyed’ (from the customer’s perspective) in Canada” [at paragraph 86].

[87] Miller Thomson contends that there was no evidence before the Registrar or before the Federal Court that making a hotel reservation was considered by anyone to be the performance of hotel services. Consequently, it submits that the Federal Court erred by substituting its view for that of the Registrar on this point. I cannot accept Miller Thomson’s argument.

[88] The Registrar concluded that the average consumer would expect there to be a physical hotel where “hotel services” are offered in Canada. Based upon what she called a “common sense” understanding of the term “hotel services”, the Registrar found that the ability to make a reservation at a hotel, or to participate in a loyalty program, did not equate with the operation of a hotel. The Registrar further found that, in the absence of a bricks and mortar Waldorf Astoria hotel in Canada, the WALDORF ASTORIA mark had not been used in

b) *Le sens ordinaire du commerce du terme « services hôteliers »*

[85] Avant que l’on puisse déterminer si un service donné est exécuté au Canada, il faut d’abord déterminer quelles activités sont comprises dans le service en question, à la lumière du sens ordinaire du commerce de ce terme. Ce n’est que lorsque la portée des services indiqués dans l’enregistrement aura été déterminée que l’analyse pourra porter sur la question de savoir si ces services ont été effectués au pays.

[86] Miller Thomson fait observer que, selon l’article 30 de la Loi, le critère de l’« emploi » d’une marque en liaison avec des services consiste à savoir si les services enregistrés qui ont été exécutés au Canada [TRADUCTION] « constituent des services enregistrés au sens ordinaire du commerce des termes de l’enregistrement ». Elle conteste la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle le terme « services hôteliers » « inclut forcément des éléments connexes dont certains doivent être fournis dans un hôtel traditionnel, mais d’autres aussi pour lesquels il est désormais tout naturel de considérer qu’ils peuvent être “exécutés” (du point de vue du propriétaire inscrit) ou qu’on peut “en tirer avantage” (du point de vue du client) au Canada » [au paragraphe 86].

[87] Miller Thomson soutient que rien dans les éléments de preuve dont disposait le registraire ou la Cour fédérale ne montre que la réservation d’un hôtel était considérée par qui que ce soit comme étant une prestation de services hôteliers. En conséquence, Miller Thomson soutient que la Cour fédérale a commis une erreur en substituant son point de vue à celui du registraire sur ce point. Je ne peux pas retenir cette observation.

[88] Le registraire a conclu que le consommateur moyen s’attendrait à ce qu’il y ait un hôtel physique là où des « services hôteliers » sont offerts au Canada. Se fondant sur ce qu’il a appelé une interprétation du « sens commun » du terme « services hôteliers », le registraire a estimé que la possibilité d’effectuer une réservation dans un hôtel ou de participer à un programme de fidélisation ne pouvait être assimilée à l’exploitation d’un hôtel. Le registraire a en outre conclu que, parce qu’il n’y avait pas d’hôtel Waldorf Astoria au Canada, la marque



this country for the purposes of sections 4 and 45 of the Trademarks Act.

[89] In considering whether any of the activities carried out by Hilton constituted the performance of “hotel services” in Canada, the Federal Court found that the Registrar had erred in asking the wrong question. The question was not whether one could equate the ability to make hotel reservations or other bookings with the operation of a hotel, as Hilton was seeking to demonstrate use of its Mark in association with “hotel services”, not the “operation of a hotel”. The Federal Court agreed that a bricks and mortar hotel located and operated in Canada would indeed be required where the registered service was the operation of a hotel.

[90] However, the Federal Court stated [at paragraph 85] that the correct question in this case was what the scope was of the term “hotel services” in ordinary commercial usage, understood both from the perspective of the consumer and the trademark owner. Borrowing language used by the Registrar, the Court asked whether it would be “contrary to common sense to find that an ordinary customer making a binding contract for the reservation of a hotel room, and receiving a discounted room rate as well as loyalty points for the booking, is receiving ‘hotel services’ in Canada, where this transaction is completed by a person in Canada?”.

[91] The Federal Court concluded [at paragraph 86] that the term “hotel services” “naturally includes a series of related things, some of which can only be delivered at the physical hotel, but some of which are naturally now able to be ‘performed’ (from the owner’s perspective), or ‘enjoyed’ (from the customer’s perspective) in Canada”. The Court [at paragraph 87] went on to find that it did not “strain the ordinary understanding of the term to find that ‘hotel services’ in 1998 [*sic*] and during the relevant period here, would include registration [*sic*] services”. This was especially so “where — as here — the entire transaction can occur on-line, from within Canada, and where Canadians can take a number of benefits from this

WALDORF ASTORIA n’avait pas été employée au pays pour l’application des articles 4 et 45 de la *Loi sur les marques de commerce*.

[89] En examinant la question de savoir si les activités exercées par Hilton équivalaient à l’exécution de « services hôteliers » au Canada, la Cour fédérale a conclu que le registraire avait commis une erreur parce qu’il avait formulé la mauvaise question. La question n’était pas de savoir si l’on pouvait assimiler la capacité de faire des réservations d’hôtel à l’exploitation d’un hôtel, étant donné que Hilton cherchait à démontrer l’emploi de sa marque en liaison avec des « services hôteliers », et non avec l’« exploitation d’un hôtel ». La Cour fédérale a reconnu qu’un hôtel traditionnel situé et exploité au Canada aurait effectivement été requis si le service enregistré avait été l’exploitation d’un hôtel.

[90] Toutefois, la Cour fédérale [au paragraphe 85] a déclaré que la bonne question en l’espèce était de savoir quelle était la portée du terme « services hôteliers » dans son sens ordinaire du commerce, à la fois du point de vue du consommateur et de celui du propriétaire de la marque de commerce. Reprenant les termes utilisés par le registraire, la Cour a posé la question suivante : « [S]erait-il contraire au sens commun de déduire que des “services hôteliers” sont fournis au Canada à un client ordinaire qui conclut une entente contraignante en vue de la réservation d’une chambre d’hôtel, et qui bénéficie d’un tarif réduit tout en accumulant des points de fidélisation pour sa réservation, étant entendu que la transaction est effectuée par une personne se trouvant au Canada? »

[91] La Cour fédérale [au paragraphe 86] a conclu que le terme « services hôteliers » « inclut forcément des éléments connexes dont certains doivent être fournis dans un hôtel traditionnel, mais d’autres aussi pour lesquels il est désormais tout naturel de considérer qu’ils peuvent être “exécutés” (du point de vue du propriétaire inscrit) ou qu’on peut “en tirer avantage” (du point de vue du client) au Canada ». La Cour [au paragraphe 87] a ensuite conclu que cette conclusion « ne dénatur[ait] aucunement le sens ordinaire du terme “services hôteliers” tel qu’il était entendu en 1998 et au cours de la période pertinente ». C’est d’autant plus vrai « si, comme c’est le cas ici, la transaction entière est effectuée en ligne

contract, over and above the eventual enjoyment of their actual stay in the hotel”.

[92] As noted, Miller Thomson asserts that there was no evidence before either the Registrar or the Federal Court that the making of a hotel reservation was considered by anyone to be the performance of “hotel services”. The Federal Court thus erred in law, Miller Thomson says, by substituting its own view for that of the Registrar without any evidence to support that view.

[93] Contrary to Miller Thomson’s submission, however, there was indeed evidence before the Registrar with respect to the ordinary commercial meaning of the term “hotel services”, at least from the perspective of the owner of the mark. As noted earlier, Mr. Eriksen expressly stated in his first affidavit that the term “hotel services” was customarily understood in the hotel industry to include “reservation services, booking and payment services, and access to hotel rooms”. Mr. Eriksen further stated that hotels “could not operate unless customers were able to reserve, book and pay for rooms in advance of their stay”, that reservation, booking and payment services were “integral to the provision of hotel services”, and that the cost of providing these services and other ancillary services is incorporated into the room rate.

[94] While the Registrar recited Mr. Eriksen’s evidence on this point in her lengthy description of the evidence adduced by Hilton, she made no reference to this evidence in her analysis. Rather than addressing Mr. Eriksen’s uncontradicted evidence as to the meaning of “hotel services” head-on, explaining why she did not accept it, the Registrar relied instead on what she called a “common sense” understanding of the term, finding the ability to make a reservation at a hotel, or to participate in a loyalty program, did not equate with “hotel services”.

[95] It is true that first instance decision makers such as the Registrar are presumed to have considered all of

au Canada et si les Canadiens bénéficient d’une série d’avantages qui s’ajoutent à leur séjour proprement dit dans un hôtel ».

[92] Comme il est indiqué, Miller Thomson soutient que rien dans les éléments de preuve dont disposait le registraire ou la Cour fédérale ne montrait que la réservation d’hôtel était considérée par qui que ce soit comme étant la prestation de « services hôteliers ». Selon Miller Thomson, la Cour fédérale a ainsi commis une erreur de droit en substituant son propre point de vue à celui du registraire sans disposer d’éléments de preuve à l’appui de cette conclusion.

[93] Toutefois, contrairement à ce que soutient Miller Thomson, le registraire disposait bel et bien d’éléments de preuve sur le sens ordinaire du commerce du terme « services hôteliers », du moins du point de vue du propriétaire de la marque. Comme il est écrit ci-dessus, M. Eriksen a déclaré expressément dans son affidavit que le terme « services hôteliers » est interprété dans l’industrie hôtelière comme comprenant [TRADUCTION] « des services de réservation, des services de paiement et l’accès aux chambres d’hôtel ». Il a ajouté que les hôtels [TRADUCTION] « ne pouvaient fonctionner que si les clients étaient en mesure de réserver et de payer les chambres à l’avance », que les services de réservation et de paiement [TRADUCTION] « font partie intégrante de la prestation de services hôteliers » et que le coût de la prestation de ces services et d’autres services accessoires est inclus dans le prix de la chambre.

[94] Le registraire a repris le témoignage de M. Eriksen à cet égard dans sa longue description des éléments de preuve présentés par Hilton, mais il n’a fait aucun renvoi à ce témoignage dans son analyse. Plutôt que d’examiner le témoignage non contredit de M. Eriksen quant au sens du terme « services hôteliers » et d’expliquer pourquoi il ne l’a pas retenu, le registraire s’est plutôt fondé sur ce qu’il a appelé une interprétation du « sens commun » du terme, estimant que la possibilité de faire une réservation dans un hôtel ou de participer à un programme de fidélisation n’était pas assimilable à des « services hôteliers ».

[95] Il est vrai qu’il existe une présomption selon laquelle les décideurs de première instance, comme le registraire,

the evidence before them. Indeed, as this Court observed in *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344 [*Mahjoub*], at paragraph 67, leave to appeal to S.C.C. refused, [[2018] 1 S.C.R. viii], 37793 (17 May 2018), these decision makers “benefit from a rebuttable presumption that they considered and assessed all of the material placed before them”: at paragraphs 66–67; *Housen*, above, at paragraph 46.

[96] It is also true that as there was no additional evidence before the Federal Court as to the meaning of the term “hotel services”, it was required to accord deference to this aspect of the Registrar’s decision. The Federal Court [at paragraph 75] clearly understood this to be the case, as its finding was that it was “not reasonable to rely on an asserted ‘common sense’ interpretation of the scope of a service, without any reference to the only evidence specifically on that point that was before the Registrar” (emphasis added).

[97] Section 30 of the Trademarks Act requires that an application for the registration of a trademark include a statement, not in “ordinary terms”, but in “ordinary commercial terms” of the goods or services in association with which the trademark is being used or is to be used.

[98] The ordinary commercial meaning of the term “hotel services” was central to the question of whether Hilton had established use of the WALDORF ASTORIA mark in Canada in association with such services. In these circumstances, the Federal Court did not err in finding that the failure of the Registrar to acknowledge or come to grips with the only direct evidence before her as to the ordinary commercial meaning of the term “hotel services” was a material omission that warranted the Court’s intervention.

[99] As will be explained further on in these reasons, I am also not persuaded that the Federal Court erred in finding that the term “hotel services” includes ancillary

ont examiné tous les éléments de preuve dont ils disposaient. En effet, comme l’a fait observer notre Cour dans l’arrêt *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344 [*Mahjoub*], au paragraphe 67, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [[2018] 1 R.C.S. viii], 37793 (17 mai 2018), ces décideurs « jouissent d’une présomption réfutable selon laquelle [ils] ont pris en considération et évalué tous les éléments dont [ils] disposent » : aux paragraphes 66 et 67; *Housen*, précité, au paragraphe 46.

[96] Il est également vrai que la Cour fédérale n’a pas reçu d’éléments de preuve supplémentaires quant au sens du terme « services hôteliers », donc elle devait faire preuve de retenue à l’égard de cet élément de la décision du registraire. La Cour fédérale [au paragraphe 75] a clairement compris que tel était le cas, puisqu’elle a conclu qu’il « n’[était] pas raisonnable de sa part de proposer une interprétation de la portée du terme “service” censément fondée sur le “sens commun”, mais qui fait abstraction du seul élément de preuve qui traite de ce point » (non souligné dans l’original).

[97] L’article 30 de la *Loi sur les marques de commerce* exige que la demande d’enregistrement d’une marque de commerce contienne un état, dressé non pas dans des « termes ordinaires », mais dans des « termes ordinaires du commerce », des produits ou services en liaison avec lesquels la marque est employée ou en liaison avec lesquels on projette de l’employer.

[98] Le sens ordinaire du commerce du terme « services hôteliers » était un élément central de la question de savoir si Hilton avait établi l’emploi de la marque WALDORF ASTORIA au Canada en liaison avec de tels services. Dans les circonstances, la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en concluant que le fait que le registraire n’ait pas reconnu ni pris en compte le seul élément de preuve direct dont il disposait quant au sens ordinaire du commerce du terme « services hôteliers » constituait une omission importante justifiant l’intervention de la Cour.

[99] Comme je l’expliquerai plus loin dans les présents motifs, je ne suis pas non plus convaincue que la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que le

services such as reservation and payment services, in addition to access to hotel rooms. Before considering this issue, however, it is first necessary to address the Registrar's reliance on the Manual to interpret the term "hotel services".

(c) *The Use of the Current Version of the Manual to Interpret the Meaning of a Registration Dating from 1988*

[100] The Registrar relied in part on the version of the Manual that was in effect at the time that she rendered her decision in 2017 in making her finding with respect to the ordinary commercial meaning of the term "hotel services". The Registrar further noted that this version of the Manual included "hotel services" and "hotels" as pre-approved terms, as well as terms for other hotel-related services such as "hotel reservations", "hotel room booking services", "hotel management" and "hotel management services".

[101] The Registrar observed that the Manual thus expressly differentiated between "hotel services" and "hotels" and other hotel-related services such as "hotel reservations", "hotel room booking services", "hotel management" and "hotel management services".

[102] However, Ms. Elford's evidence established that the 2006 version of the Manual did not include terms such as "hotel reservation services" or "booking services", but did include the terms "hotel services" and "management of hotels". It is, moreover, a logical inference that terms such as "hotel reservation services" or "booking services" did not appear in versions of the Manual that were issued before 2006.

[103] In *Levi Strauss & Co. v. Canada (Registrar of Trade-Marks)*, 2006 FC 654, 51 C.P.R. (4th) 434, [2006] F.C.J. No. 840 (QL), the Federal Court observed that the meaning of terms used in trademark registrations can evolve over time. This is especially so where, as here,

terme « services hôteliers » incluait des services accessoires comme les services de réservation et de paiement, en plus de l'accès aux chambres d'hôtel. Toutefois, avant d'examiner cette question, il faut d'abord se pencher sur le fait que le registraire s'est fondé sur le Manuel pour interpréter le terme « services hôteliers ».

c) *L'utilisation de la version actuelle du Manuel pour interpréter le sens d'un enregistrement datant de 1988*

[100] Le registraire s'est fondé en partie sur la version du Manuel en vigueur au moment où il a rendu sa décision en 2017 pour tirer ses conclusions relativement au sens ordinaire du commerce du terme « services hôteliers ». Le registraire a également noté que cette version du Manuel comportait en anglais les termes « hotel services » et « hotels », tous deux traduits par « services hôteliers », parmi les termes préapprouvés, ainsi que des termes pour d'autres services liés à l'hôtellerie comme « réservations d'hôtel », « services de réservation d'hôtels », « services de réservation de chambres d'hôtel », « gestion hôtelière » et « services de gestion hôtelière ».

[101] Le registraire a fait observer qu'il y a ainsi dans le Manuel une distinction expresse entre les « services hôteliers » et d'autres services liés à l'hôtellerie, comme les « réservations d'hôtel », les « services de réservation de chambres d'hôtel », la « gestion hôtelière » et les « services de gestion hôtelière ».

[102] Toutefois, d'après le témoignage de M<sup>me</sup> Elford, la version de 2006 du Manuel ne comportait pas les termes « services de réservation d'hôtel » ou « services de réservation », mais les termes « services hôteliers » et « gestion hôtelière » y figuraient. De plus, il est logique de conclure que des termes tels que « services de réservation d'hôtel » ou « services de réservation » ne figurent pas dans les versions du Manuel publiées avant 2006.

[103] Dans la décision *Levi Strauss & Co. c. Canada (Registraire des marques de commerce)*, 2006 CF 654, [2006] A.C.F. n° 840 (QL), la Cour fédérale a observé que le sens des termes utilisés dans les enregistrements de marques de commerce peut évoluer avec le temps.

there have been rapid developments in online commerce that can undoubtedly have an impact on the ordinary commercial understanding of a term by both the trademark owner and the customer.

[104] As the Federal Court observed in this case, while applicants are not bound to follow the precise wording of the Manual, Hilton cannot be faulted for using a pre-approved term that was found in the Manual at the time that the Mark was registered in 1988. I agree with the Federal Court that it was an error for the Registrar to interpret the scope of a registration from the pre-Internet era in light of the wording of the current version of the Manual.

(d) *“Services” Include Primary, Incidental and Ancillary Services*

[105] As discussed, Miller Thomson submits that the ordinary understanding of the term “hotel services” involves the provision of a hotel room as the primary service. Consequently, Hilton had to show that it had used the WALDORF ASTORIA mark in the provision of hotel rooms in Canada, and not in the performance of something that was incidental or ancillary to “hotel services”. Miller Thomson says that the Federal Court thus erred in finding that there were other, ancillary or incidental services such as reservation or booking services that would be commonly understood as being within the scope of “hotel services”.

[106] In coming to this conclusion, Miller Thomson submits that the Federal Court misinterpreted the jurisprudence to the effect that registered services may be ancillary to the sale of goods. The Federal Court further erred, Miller Thomson says, in finding that use of a mark on services that are ancillary to registered services is sufficient to establish “use” for the purpose of section 45 of the Act. According to Miller Thomson, Hilton had to show that it had used the WALDORF ASTORIA mark in the performance of “hotel services” in Canada (i.e. the provision of a hotel room), and not in the performance

C’est particulièrement le cas lorsque, comme en l’espèce, il y a eu des développements rapides dans le commerce en ligne qui peuvent sans aucun doute avoir une incidence sur le sens ordinaire du commerce d’un terme, du point de vue tant du propriétaire de la marque de commerce que du client.

[104] Comme la Cour fédérale l’a fait observer en l’espèce, bien que les demandeurs d’enregistrement ne soient pas tenus de respecter à la lettre le libellé du Manuel, on ne peut pas reprocher à Hilton d’avoir utilisé le terme pré-approuvé de la version du Manuel en vigueur à l’époque de l’enregistrement de la marque en 1988. Je partage l’avis de la Cour fédérale selon lequel le registraire a commis une erreur en interprétant la portée d’un enregistrement de l’ère pré-Internet à la lumière du libellé de la version actuelle du Manuel.

d) *Les « services » comprennent les services primaires et accessoires*

[105] Comme nous l’avons mentionné plus haut, Miller Thomson soutient que le terme « services hôteliers », dans son sens ordinaire, s’entend de la fourniture d’une chambre d’hôtel comme service principal. Par conséquent, Hilton devait démontrer qu’elle avait employé la marque WALDORF ASTORIA dans la fourniture de chambres d’hôtel au Canada, et non dans l’exécution d’un service quelconque qui était accessoire aux « services hôteliers ». Selon Miller Thomson, la Cour fédérale a donc commis une erreur en concluant qu’il existait d’autres services, qui sont accessoires, tels que les services de réservation, qui seraient communément considérés comme relevant des « services hôteliers ».

[106] Miller Thomson soutient que la Cour fédérale, en tirant cette conclusion, a mal interprété la jurisprudence selon laquelle les services enregistrés puissent être accessoires à la vente de biens. La Cour fédérale aurait également commis une erreur, selon Miller Thomson, en concluant que l’emploi d’une marque pour des services accessoires aux services enregistrés est suffisant pour établir l’« emploi » d’une marque au Canada pour l’application de l’article 45 de la Loi. Selon Miller Thomson, Hilton devait démontrer qu’elle avait employé la marque WALDORF ASTORIA dans l’exécution de « services

of something that was incidental or ancillary to “hotel services”.

[107] The term “services” is not defined in the *Trademarks Act*. The meaning of the term has, however, been considered in the case law, which has determined that the term should be liberally construed, and that each case should be decided on its own facts: *TSA Stores, Inc. v. Registrar of Trade-Marks*, 2011 FC 273, 91 C.P.R. (4th) 324 [*TSA Stores Inc.*], at paragraph 16, citing *Kraft Ltd.*, above, at paragraphs 8–9; *Supershuttle International, Inc. v. Fetherstonhaugh & Co.*, 2015 FC 1259, [2015] F.C.J. No. 1544 (QL) [*Supershuttle*], at paragraph 39. Indeed, Miller Thomson acknowledged at the hearing that determining whether there has been use of a mark in Canada is largely a fact-driven exercise.

[108] The jurisprudence further recognizes that the *Trademarks Act* does not distinguish between primary and incidental or ancillary services. As long as some members of the public, consumers or purchasers, receive a benefit from the activity in question, it is a service: *Kraft Ltd.*, above, at paragraph 9; *Société nationale des chemins de fer français v. Venice Simplon-Orient-Express Inc.* (2000), 9 C.P.R. (4th) 443, [2000] F.C.J. No. 1897 (QL) (T.D.) [*Orient-Express*], at paragraphs 8–10.

[109] Indeed, one of the main issues to be determined in *Orient-Express* was whether the expression ““travel services, namely railway passenger service”” ought to be given a narrow interpretation only involving the ““operation of a train””, or a broader interpretation that would include ““any ancillary services or activities conducted with respect to the transport of passengers by train and of which the operation of a train is merely one aspect”” [at paragraph 8]. Favoring the broader interpretation, the Federal Court held that the services in question included “ancillary services or activities conducted with respect to the transport of passengers by train”, and that “the performance in Canada by a travel agency of booking, reservation and ticketing services constitutes the performance in Canada of such services by the registrant”: at paragraph 10.

hôtelières » au Canada (c’est-à-dire la fourniture de chambres d’hôtel), et non dans l’exécution de quelque chose qui était accessoire aux « services hôteliers ».

[107] Le terme « services » n’est pas défini dans la *Loi sur les marques de commerce*. Le sens de ce terme a toutefois été examiné dans la jurisprudence, qui établit que le terme devait être interprété de manière libérale et que chaque cas doit être décidé en fonction des faits qui lui sont propres : *TSA Stores, Inc. c. Régistrare des marques de commerce*, 2011 CF 273, [2011] A.C.F. n° 319 (QL) [*TSA Stores Inc.*], au paragraphe 16, citant *Kraft Ltd.*, précitée, aux paragraphes 8 et 9; *Supershuttle International, Inc. c. Fetherstonhaugh & Co.*, 2015 CF 1259, [2015] A.C.F. n° 1544 (QL) [*Supershuttle*], au paragraphe 39. En effet, Miller Thomson a reconnu à l’audience que l’établissement de l’emploi d’une marque au Canada est un exercice en grande partie fondé sur les faits.

[108] La jurisprudence reconnaît en outre que la *Loi sur les marques de commerce* ne fait pas de distinction entre les services primaires et les services accessoires. Tant et aussi longtemps que des membres du public, consommateurs ou acheteurs, reçoivent un avantage de l’activité en question, il s’agit d’un service : *Kraft Ltd.*, précitée, au paragraphe 9; *Société Nationale des Chemins de Fer Français Sncf c. Venice Simplon-Orient-Express Inc.*, 2000 CanLII 16547, [2000] A.C.F. n° 1897 (QL) (1<sup>re</sup> inst.) [*Orient-Express*], aux paragraphes 8 à 10.

[109] En effet, l’une des principales questions que devait trancher la Cour fédérale dans la décision *Orient-Express* [au paragraphe 8] était de savoir si l’expression [TRADUCTION] « “services de voyage, nommément des services de transport de passagers par train” » devait recevoir une interprétation étroite impliquant uniquement [TRADUCTION] « l’exploitation d’un train », ou une interprétation plus large qui aurait inclus [TRADUCTION] « tous services ou activités accessoires accomplis pour le transport de passagers par train et dont l’exploitation d’un train ne représente qu’une dimension ». La Cour fédérale, étant en faveur de l’interprétation plus large, a conclu que les services en question comprenaient des [TRADUCTION] « services ou activités accessoires accomplis pour le transport de passagers par train » et que « la prestation au Canada par une agence de voyages de



[110] In a similar vein, in *Borden Ladner Gervais LLP v. Westcoast Hotels Inc.* (2006), 53 C.P.R. (4th) 361, at page 367, [2006] T.M.O.B. No. 5 (QL), the Registrar found that use of the WESTCOAST mark with hotel reservation services and loyalty program services constituted the performance of “hotel services”. See also *Dollar General Corporation v. 2900319 Canada Inc.*, 2018 FC 778, 157 C.P.R. (4th) 318 [*Dollar General Corporation*].

[111] Miller Thomson notes that *Kraft Ltd.* involved the use of a mark in association with the sale of goods, and that certain services that were found to be incidental or ancillary to the sale of the goods in question. There is no jurisprudence from this Court, Miller Thomson says, holding that providing a service that is incidental or ancillary to a registered service is performance of the registered service itself.

[112] There is, however, jurisprudence from both the Registrar and the Federal Court holding that providing a service that is incidental or ancillary to a registered service can be considered to be performance of the registered service itself.

[113] For example, the marks at issue in *TSA Stores Inc.* were registered for use in association with various types of retail store services. Noting that the *Trademarks Act* does not distinguish between primary, incidental and ancillary services, the Federal Court concluded that as long as some members of the public, consumers or purchasers, receive a benefit from the activity in this country, it will be deemed to be a service. While there were no “bricks and mortar” TSA stores in Canada, the Federal Court nevertheless found that the company’s website provided Canadian customers with a significant volume of information and guidance regarding a vast array of products, which was of benefit to them. As the marks in question appeared on the company’s website in

services de réservations et de vente de billets constituait la prestation au Canada de tels services par le propriétaire inscrit » : au paragraphe 10.

[110] Dans le même ordre d’idées, dans l’affaire *Borden Ladner Gervais srl c. WestCoast Hotels, Inc.*, 2006 CanLII 80422 (C.O.M.C.), [2006] T.M.O.B. n° 5 (QL), version française en ligne : <https://decisions.opic-cipo.gc.ca/tmob-comc/decisions/fr/item/222860/index.do>, le registraire a conclu que l’emploi de la marque WESTCOAST en liaison avec des services de réservation hôtelière et des services liés à un programme de fidélisation constituait la prestation de « services d’hôtel ». Voir également *Dollar General Corporation c. 2900319 Canada Inc.*, 2018 CF 778, [2018] A.C.F. n° 801 (QL) [*Dollar General Corporation*].

[111] Miller Thomson note que, dans l’affaire *Kraft Ltd.*, il était question d’une marque employée en liaison avec la vente de biens et que certains services avaient été jugés accessoires à la vente des biens en question. Selon Miller Thomson, il n’existe pas de précédent de notre Cour établissant que la fourniture de services accessoires à des services enregistrés équivaut à la prestation des services enregistrés eux-mêmes.

[112] Il existe cependant de la jurisprudence du registraire et de la Cour fédérale qui établit que la fourniture de services accessoires à des services enregistrés peut être considérée comme la prestation des services enregistrés eux-mêmes.

[113] Par exemple, les marques en cause dans la décision *TSA Stores Inc.* avaient été enregistrées pour être employées en liaison avec divers types de services de magasins de détail. Constatant que la *Loi sur les marques de commerce* ne faisait pas de distinction entre les services principaux, accessoires et secondaires, la Cour fédérale a conclu que, tant que des membres du public, consommateurs ou acheteurs, tiraient un avantage de l’activité au pays, celle-ci serait réputée être un service. Bien qu’il n’y ait pas eu de magasins TSA « traditionnels » au Canada, la Cour fédérale a néanmoins conclu que le site Web de la société fournissait aux clients canadiens une quantité appréciable de renseignements et de conseils sur une vaste gamme de produits, ce dont

connection with these ancillary services, the Court was satisfied that there was evidence of use of the marks in Canada in association with retail store services.

[114] Similarly, the question for determination in *Orient-Express* was whether train ticketing and train reservation services that were performed by travel agents in Canada for railway tickets that could only be used outside of Canada constituted the performance in Canada of “travel services, namely railway passenger services” [at paragraph 3] by the registrant. After noting that the term “services” was not defined in the Act and that the Act did not distinguish between primary and incidental or ancillary services, the Federal Court agreed with the Registrar’s conclusion that “as long as some members of the public, some consumers or purchasers receive a benefit from the activity, it is a service”: above, at paragraph 8. The Court thus found that booking train reservations and tickets through travel agents located in Canada constituted performance of passenger rail services in this country: at paragraph 10.

[115] This jurisprudence thus establishes that as long as some consumers, purchasers or members of the public in Canada receive a material benefit from the activity in issue, it will amount to the performance of the service in this country.

[116] In light of this, I am not persuaded that the Federal Court erred in finding that the term “hotel services” included other, incidental or ancillary services such as reservation or payment services. The question remains, however, as to whether some members of the public, consumers or purchasers receive a material benefit in Canada from these incidental or ancillary activities sufficient to constitute “use” of the WALDORF ASTORIA mark in this country.

les clients canadiens profitaient. Comme les marques en cause figuraient sur le site Internet de la société en lien avec ces services accessoires, la Cour a conclu qu’il existait une preuve de l’emploi des marques au Canada en liaison avec des services de magasins de détail.

[114] De même, la question que la Cour fédérale devait trancher dans la décision *Orient-Express* était de savoir si les services de vente de billets de train et de réservation de places dans un train qui étaient exécutés par des agents de voyages au Canada pour des billets de train qui pouvaient seulement être utilisés à l’étranger constituaient l’exécution au Canada de « services de voyage, nommément des services de transport de passagers par train » [au paragraphe 3] par le propriétaire inscrit. Après avoir fait observer que le terme « services » n’était pas défini dans la Loi et que celle-ci ne faisait pas de distinction entre les services primaires, connexes ou accessoires, la Cour fédérale a souscrit à la conclusion du registraire selon laquelle, « dans la mesure où des membres du public, des consommateurs ou des acheteurs bénéficient d’une activité, il s’agit d’un service » : précitée, au paragraphe 8. La Cour a donc conclu que la réservation de places dans un train et la vente de billets de train par l’intermédiaire d’agents de voyage situés au Canada constituaient une prestation de services de transport de passagers par rail au Canada : au paragraphe 10.

[115] Ces précédents établissent donc que, tant que des consommateurs, des acheteurs ou des membres du public au Canada reçoivent un avantage important de l’activité en cause, cette activité constituera l’exécution du service au Canada.

[116] Compte tenu de ce qui précède, je ne suis pas convaincue que la Cour fédérale ait commis une erreur en concluant que le terme « services hôteliers » incluait des services accessoires, tels que les services de réservation ou de paiement. La question demeure toutefois de savoir si des membres du public, des consommateurs ou des acheteurs ont, au Canada, tiré de ces activités accessoires un avantage suffisamment important pour constituer un « emploi » de la marque WALDORF ASTORIA au pays.

(e) *Do Hilton's Activities Constitute the Performance of Hotel Services in Canada?*

[117] This then takes us to what the Federal Court identified as the “core question” in this case, namely whether Hilton had established that persons in Canada derived a tangible material benefit from Hilton’s “hotel services” during the relevant period. That is, whether at least some of Hilton’s “hotel services” were performed in Canada.

[118] As noted earlier, while a finding as to the meaning of the term “use” is subject to review on the correctness standard, the determination as to whether a particular mark has been used in association with specified services is largely factual in nature: *Sim & McBurney v. Gesco Industries, Inc.* (2000), 195 D.L.R. (4th) 239, [2000] F.C.J. No. 1766 (C.A.), at paragraphs 5 and 11. Use of a mark in relation to a service must thus be determined on a case-by-case basis: *Express File Inc. v. HRB Royalty Inc.*, 2005 FC 542, 39 C.P.R. (4th) 59, at paragraph 23; *Supershuttle*, above, at paragraph 41.

[119] Indeed, counsel for Miller Thomson acknowledged at the hearing of this appeal that the question as to whether use of a mark had been established for the purposes of section 45 of the Act was “at its heart” a question of fact.

[120] Having concluded that the Federal Court did not err in its identification of the applicable legal test, the question then is whether it committed a palpable and overriding error in applying that test to the facts of this case. “Palpable and overriding error” is a highly deferential standard that authorizes appellate intervention only where an error is both obvious and determinative of the outcome: *Salomon v. Matte-Thompson*, 2019 SCC 14, [2019] 1 S.C.R. 729, 432 D.L.R. (4th) 1, at paragraph 33; *Mahjoub*, above, at paragraphs 61–75.

[121] The Registrar largely based her analysis of the question of use on an earlier Registrar’s decision in *M Hotel*,

e) *Les activités de Hilton constituent-elles une prestation de services hôteliers au Canada?*

[117] Cela nous amène donc à ce que la Cour fédérale a appelé la « question centrale » de la présente affaire, à savoir si Hilton avait établi que des personnes au Canada avaient tiré des avantages concrets importants des « services hôteliers » de Hilton au cours de la période pertinente. En d’autres termes, il faut déterminer si au moins certains des « services hôteliers » de Hilton ont été exécutés au Canada.

[118] Comme il est indiqué plus haut, si une conclusion quant au sens du terme « emploi » est susceptible d’examen selon la norme de la décision correcte, la conclusion sur la question de savoir si une marque donnée a été utilisée en liaison avec des services donnés est largement de nature factuelle : *Sim & McBurney c. Gesco Industries, Inc.*, 2000 CanLII 16369, [2000] A.C.F. n° 1766 (QL) (C.A.), aux paragraphes 5 et 11. L’emploi d’une marque en liaison avec un service doit donc être apprécié au cas par cas : *Express File Inc. c. HRB Royalty Inc.*, 2005 CF 542, [2005] A.C.F. n° 667 (QL), au paragraphe 23; *Supershuttle*, précitée, au paragraphe 41.

[119] En effet, l’avocat de Miller Thomson a reconnu à l’audience à l’égard du présent appel que la question de savoir si l’emploi d’une marque avait été établi pour l’application de l’article 45 de la Loi était [TRADUCTION] « essentiellement » une question de fait.

[120] Puisque j’ai conclu que la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur dans son choix du critère juridique applicable, la question à trancher est alors celle de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante en appliquant ce critère aux faits en l’espèce. L’« erreur manifeste et dominante » est une norme commandant une grande retenue qui autorise le tribunal d’appel à intervenir seulement lorsqu’il y a une erreur évidente qui a déterminé l’issue de l’affaire : *Salomon c. Matte-Thompson*, 2019 CSC 14, [2019] 1 R.C.S. 729, au paragraphe 33; *Mahjoub*, précité, aux paragraphes 61 à 75.

[121] Le registraire a largement fondé son analyse de la question de l’emploi sur une décision antérieure du

above. *M Hotel* was a section 45 proceeding that also involved the use of a trademark in association with a hotel that was not located in Canada. The mark in issue in *M Hotel* was registered for use in association with “[h]otel services and hotel reservation services” [at paragraph 2]. The Registrar found that the mark had been used in Canada with respect to “hotel reservation services”, but not with respect to “hotel services”.

[122] In arriving at this finding, the Registrar observed in *M Hotel* that, unlike the retail services at issue in cases like *TSA Stores Inc.*, a hotel cannot be operated over the Internet. It was in *M Hotel* that the statement was originally made that it was “contrary to common sense to equate the ability to make hotel reservations or other bookings with the operation of a hotel”: at paragraph 38.

[123] While acknowledging in this case that “academically and linguistically speaking ‘hotel services’ could be interpreted more broadly” [at paragraph 53], the Registrar was unable to find that the decision in *M Hotel* was wrong in finding that neither booking and reservation services nor loyalty programs were “hotel services”. Consequently, the Registrar found that as customers could not enjoy Hilton’s “hotel services” without first leaving Canada, use of the WALDORF ASTORIA mark in this country had not been established.

[124] The Federal Court stated that a key question in determining whether use of a trademark in Canada for services had been established is whether people in this country can derive some benefit from the provision of the services in question. The Court further found that the Registrar had erred by failing to focus on the particular facts of this case, and by relying on the *M Hotel* decision, which, the Court [at paragraph 93] said “involved a different factual substratum”.

registraire, soit la décision *M Hotel*, précitée. La décision *M Hotel* découlait d’une procédure intentée en vertu de l’article 45, laquelle portait également sur l’emploi d’une marque de commerce en liaison avec un hôtel qui n’était pas situé au Canada. La marque de commerce en litige dans la décision *M Hotel* avait été enregistrée pour être utilisée en liaison avec des « [TRADUCTION] “services hôteliers et services de réservation d’hôtel” » [au paragraphe 2]. Le registraire a conclu que la marque de commerce avait été employée au Canada pour des « services de réservation d’hôtel », mais pas pour des « services hôteliers ».

[122] En parvenant à cette conclusion, le registraire avait observé dans la décision *M Hotel* que, contrairement aux services de vente au détail en litige dans des affaires telles que *TSA Stores Inc.*, un hôtel ne peut pas être exploité sur Internet. C’est dans la décision *M Hotel* qu’il a été affirmé pour la première fois qu’il était « contraire au sens commun d’assimiler la possibilité d’effectuer une réservation dans un hôtel à l’exploitation d’un hôtel » : au paragraphe 38.

[123] Tout en reconnaissant dans sa décision en l’espèce que, « sur le plan scientifique et linguistique, les [TRADUCTION] “services hôteliers” pourraient recevoir une interprétation plus large » [au paragraphe 53], le registraire n’a pu conclure que la décision rendue dans l’affaire *M Hotel* était entachée d’une erreur du fait qu’il y était conclu que ni les services de réservation ni les programmes de fidélisation n’étaient des « services hôteliers ». En conséquence, le registraire a conclu que, parce que les clients ne pouvaient pas profiter des « services hôteliers » de Hilton sans avoir préalablement quitté le Canada, l’emploi de la marque WALDORF ASTORIA au pays n’avait pas été établi.

[124] La Cour fédérale a déclaré qu’une question essentielle pour déterminer si l’emploi d’une marque de commerce au Canada pour des services avait été établi était de savoir si des personnes au pays pouvaient tirer un certain avantage de la fourniture des services en question. La Cour [au paragraphe 93] a en outre conclu que le registraire avait commis une erreur en n’ayant pas porté son attention sur les faits propres à la présente affaire et en s’étant fondé sur la décision *M Hotel* qui, selon la Cour, portait « sur des faits différents ».

[125] The Federal Court found that the evidence in this case established that there were several benefits that were available to people in Canada, over and above their eventual enjoyment of their stay in a “bricks and mortar” Waldorf Astoria hotel. There were, moreover, a large number of people in this country who had taken advantage of such benefits. Referring to evidence in Mr. Eriksen’s first affidavit, the Court found that people in Canada would see the WALDORF ASTORIA mark when they visited the Hilton website, and that they could book reservations in several ways—either directly with the hotel over the Internet, through a third-party service provider, or via a Canadian toll-free number. The Mark would also appear on the e-mails sent to customers confirming their reservations.

[126] The Federal Court also had regard to Mr. Eriksen’s evidence that 41 000 people with addresses in Canada had stayed at Waldorf Astoria hotels during the relevant period, generating approximately \$50 million in revenue. Some 1 300 people from Canada had received a discounted room rate during the relevant period in exchange for paying up-front for their hotel reservation. These individuals also received e-mail confirmation of their booking displaying the WALDORF ASTORIA mark. In addition, individuals enrolled in the Hilton loyalty program would receive points for each booking, which they could redeem for stays or other benefits at hotels located in Canada or elsewhere.

[127] The Federal Court found that this evidence demonstrated the nature and extent of the benefits that were received by people in Canada, and that the existence of these benefits distinguished this case from many of the decisions cited by the Registrar, including the *M Hotel* decision on which she primarily relied.

[128] The Federal Court concluded that the Registrar had erred by failing to examine the nature of the benefits that are received by people in Canada in association with the delivery of the “hotel services” in this country. In particular, she did not refer to the evidence that Hilton

[125] La Cour fédérale a conclu que les éléments de preuve en l’espèce établissaient que les personnes se trouvant au Canada pouvaient profiter de plusieurs avantages, en plus de leur séjour proprement dit dans un hôtel Waldorf Astoria. En outre, un grand nombre de personnes au pays ont profité de ces avantages. Se reportant aux éléments de preuve contenus dans le premier affidavit de M. Eriksen, la Cour fédérale a conclu que les personnes au Canada verraient la marque WALDORF ASTORIA en consultant le site Web de Hilton et qu’elles pourraient effectuer leur réservation de plusieurs manières : soit directement auprès de l’hôtel sur Internet, soit par l’intermédiaire d’un fournisseur de services tiers, soit en composant un numéro de téléphone sans frais au Canada. La marque figurerait également sur les courriels envoyés aux clients pour confirmer leurs réservations.

[126] La Cour fédérale a également tenu compte du témoignage de M. Eriksen selon lequel 41 000 personnes ayant une adresse au Canada avaient séjourné dans des hôtels Waldorf Astoria au cours de la période pertinente, ce qui a généré environ 50 millions de dollars de revenus. Quelque 1 300 personnes originaires du Canada avaient profité d’un tarif réduit pour leur chambre pendant la période pertinente en payant le prix de la chambre dès la réservation. Ces personnes ont également reçu un courriel de confirmation de leur réservation portant la marque WALDORF ASTORIA. De plus, les personnes inscrites au programme de fidélisation de Hilton accumulaient des points à chaque réservation et pouvaient les échanger contre des séjours ou d’autres avantages dans des hôtels situés au Canada ou ailleurs.

[127] La Cour fédérale a conclu que ces éléments de preuve démontraient la nature et la portée des avantages dont profitaient les personnes au Canada et que, à cause de l’existence de ces avantages, il y avait distinction entre la présente affaire et plusieurs des décisions citées par le registraire, y compris la décision *M Hotel* sur laquelle il s’était principalement fondé.

[128] La Cour fédérale a conclu que le registraire avait commis une erreur en omettant d’examiner la nature des avantages reçus par les personnes au Canada lors de la prestation des « services hôteliers » au pays. Plus précisément, le registraire n’avait pas renvoyé aux éléments

was in direct contact with the customers in Canada, and that some customers entered into binding contractual arrangements by pre-paying for rooms in Canada in exchange for a discounted room rate. Nor did she refer to the fact that members of the Hilton loyalty program would receive points that they could then apply towards hotel stays, or other benefits that they could receive in Canada.

[129] Based on these facts, the Federal Court concluded that people in Canada received material benefits in this country from the delivery of Hilton's hotel services. It was therefore satisfied that use of the WALDORF ASTORIA mark had been established, and the Registrar's decision striking the Mark from the Registry was set aside.

[130] Subject to my comments below with respect to Hilton's loyalty program, Miller Thomson has not established that the Federal Court committed a palpable and overriding error in making these findings. It was open to the Court to find, based on the evidence before it, that the ability to reserve a particular type of hotel room at a specific Waldorf Astoria hotel in a particular location for a specified (and potentially discounted) price constituted a material benefit to the Canadian customer.

[131] Insofar as the *M Hotel* decision is concerned, the Registrar found that given the plain meaning of the statement of services, and in light of the evidence furnished in that case, "reservation services" were not "hotel services". The Registrar further found that the registration should not be maintained simply because the service that was actually available in Canada was only tangentially related to "hotel services".

[132] In contrast, the evidence in this case is that reservation, booking or payment services are not "tangentially related" to "hotel services". Mr. Eriksen was clear that hotels simply could not operate unless customers were able to reserve, book and pay for hotels rooms in advance of their stay. The uncontradicted evidence

de preuve démontrant que Hilton était en communication directe avec ses clients au Canada et que des clients avaient conclu des ententes contractuelles contraignantes en payant à l'avance au Canada le prix de la chambre en échange d'un tarif réduit. Il n'a pas non plus mentionné le fait que les membres du programme de fidélisation de Hilton recevraient des points qu'ils pouvaient ensuite échanger pour des séjours à l'hôtel ou d'autres avantages qu'ils pouvaient recevoir au Canada.

[129] Compte tenu de ces faits, la Cour fédérale a conclu que des personnes au Canada ont profité d'avantages importants au pays grâce à la prestation des services hôteliers de Hilton. Elle a donc conclu que l'emploi de la marque WALDORF ASTORIA avait été établi et la décision du registraire de radier la marque du registre a été annulée.

[130] Sous réserve de mes observations ci-après au sujet du programme de fidélisation de Hilton, Miller Thomson n'a pas établi que la Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante en tirant ces conclusions. Il était loisible à la Cour de conclure, vu les éléments de preuve dont elle disposait, que la possibilité pour le client canadien de réserver un type particulier de chambre d'hôtel dans un hôtel Waldorf Astoria précis, à un endroit donné, à un prix déterminé (et potentiellement réduit) constituait un avantage important pour lui.

[131] En ce qui concerne la décision *M Hotel*, le registraire a conclu que, compte tenu du sens ordinaire des termes dans l'état des services et à la lumière des éléments de preuve produits dans cette affaire, que les « services de réservation » n'étaient pas des « services hôteliers ». Le registraire a en outre conclu que l'enregistrement ne devait pas être maintenu simplement parce que le service qui était effectivement disponible au Canada n'avait qu'un lien indirect avec les « services hôteliers ».

[132] En contrepartie, les éléments de preuve en l'espèce montrent que les services de réservation ou de paiement ne sont pas « indirectement lié[s] » aux « services hôteliers ». M. Eriksen a clairement indiqué que les hôtels ne pouvaient tout simplement pas fonctionner si les clients ne pouvaient pas réserver et payer les chambres



before the Registrar was that such services were not “tangentially related” to “hotel services”, but were in fact “integral to the provision of hotel services”.

[133] I am, however, satisfied that the Federal Court erred with respect to the benefits that are ostensibly received by individuals in Canada through the HILTON HHONORS loyalty program. The Court found that people in Canada who were enrolled in the Hilton loyalty program would receive points for each booking at Waldorf Astoria properties, which they could then redeem for stays or other benefits at hotels located in Canada or elsewhere. The Court specifically found that these transactions were completed entirely within Canada.

[134] Information with respect to the HILTON HHONORS loyalty program was found in Mr. Eriksen’s first affidavit. While he provided a general overview of the operation of the loyalty program, nowhere does he state that loyalty points are earned at the time that a hotel room is booked, rather than at the time that the guest actually stays at a Waldorf Astoria hotel. There was simply no evidence one way or the other in the record before the Federal Court with respect to this question.

[135] While this error was “palpable” in as much as it was obvious, it was not “overriding” as the error was not determinative of the outcome of the case: *Salomon v. Matte-Thompson*, above, at paragraph 33. This is because there are other material benefits that are enjoyed by individuals in Canada that constitute performance of “hotel services” in this country, which are sufficient to amount to “use” of the WALDORF ASTORIA mark for the purposes of section 45 of the Act.

[136] That said, Canadians can enroll in the HILTON HHONORS loyalty program from within Canada, as more than 400 000 individuals had done during the relevant period. The WALDORF ASTORIA mark is displayed on the enrollment documents. Program members

d’hôtel à l’avance. La preuve non contredite devant le registraire était que ces services n’étaient pas [TRADUCTION] « indirectement lié[s] » aux « services hôteliers », mais faisaient bien [TRADUCTION] « partie intégrante de la fourniture de services hôteliers ».

[133] J’estime toutefois que la Cour fédérale a commis une erreur relativement aux avantages que semblaient avoir reçus les personnes au Canada dans le cadre du programme de fidélisation HILTON HHONORS. La Cour a conclu que les personnes qui s’inscrivent au programme de fidélisation de Hilton à partir du Canada pouvaient accumuler des points pour chaque réservation dans des établissements Waldorf Astoria et les échanger contre des séjours ou d’autres avantages dans des hôtels situés au Canada ou ailleurs. La Cour a expressément conclu que ces opérations étaient entièrement effectuées au Canada.

[134] Des renseignements relativement au programme de fidélisation HILTON HHONORS se trouvaient dans le premier affidavit de M. Erikson. Bien qu’il ait donné un aperçu du fonctionnement du programme de fidélisation, il n’indique nulle part que les points de fidélité sont gagnés au moment où la chambre d’hôtel est réservée plutôt qu’au moment où le client séjourne effectivement dans un hôtel Waldorf Astoria. Le dossier dont disposait la Cour fédérale ne contenait tout simplement pas d’éléments de preuve lui permettant de trancher cette question dans un sens ou dans l’autre.

[135] Il s’agit d’une erreur « manifeste » dans la mesure où elle était évidente, mais elle n’est pas « dominante », car l’erreur n’était pas déterminante pour l’issue de l’affaire : *Salomon c. Matte-Thompson*, précité, au paragraphe 33. Il en est ainsi, car il existait d’autres avantages importants dont profitaient les personnes au Canada et qui constituaient une prestation de « services hôteliers » au pays, lesquels étaient suffisants pour constituer un « emploi » de la marque WALDORF ASTORIA pour l’application de l’article 45 de la Loi.

[136] Cela dit, les Canadiens peuvent s’inscrire au programme de fidélisation HILTON HHONORS depuis le Canada, comme l’ont fait plus de 400 000 personnes pendant la période pertinente. La marque WALDORF ASTORIA figure sur les documents d’inscription. Les

can earn loyalty points from stays at Hilton properties both in Canada and abroad, and they can use those points for stays at Hilton properties in this country and elsewhere. That is clearly a benefit that can be enjoyed by Canadians in Canada.

[137] It is true that there are decisions that would arguably support Miller Thomson's position. For example, in *Motel 6, Inc. v. No. 6 Motel Limited*, [1982] 1 F.C. 638, (1981), 127 D.L.R. (3d) 267, (T.D.) [*Motel 6*], the Federal Court found that in the absence of "bricks and mortar" motels in this country, the plaintiff had not established use of its "Motel 6" trademark in Canada in association with "motel services".

[138] In coming to this conclusion, the Court found that correspondence or communication over the telephone with customers, prospective customers or their agents in Canada for the sole purpose of receiving and confirming reservations for motel accommodation in the United States did not constitute use of the mark in Canada in association with "motel services". According to the Federal Court in that case, there had to be at the very least a business facility of some kind in Canada in such circumstances.

[139] Not only are the facts of the present case somewhat distinguishable from those in *Motel 6*, it also bears noting that *Motel 6* was not a section 45 case, but rather addressed the issue of use of the plaintiff's mark in the context of a section 57 expungement proceeding. Given its summary nature, the onus on a trademark owner is lighter in a section 45 case than in an expungement proceeding: *Austin Nichols & Co., Inc. v. Cinnabon Inc.*, [1998] 4 F.C. 569, (1998) 82 C.P.R. (3d) 513 (C.A.), at paragraph 29; *Woods Canada Ltd.*, above, at paragraph 9.

[140] The Court's comments in *Motel 6* must also be considered in light of the situation that existed in the early 1980s. The Internet was in its infancy at that time, and was not available to the general public in the way

membres du programme peuvent gagner des points de fidélité lors de séjours dans des établissements Hilton au Canada et à l'étranger, et ils peuvent utiliser ces points pour des séjours dans des établissements Hilton au Canada et ailleurs. Il s'agit manifestement d'un avantage dont les Canadiens peuvent profiter au Canada.

[137] Il est vrai qu'il existe des décisions qui sembleraient étayer la thèse défendue par Miller Thomson. Par exemple, dans la décision *Motel 6, Inc. c. No. 6 Motel Limited*, [1982] 1 C.F. 638, [1982] A.C.F. n° 154 (QL) (1<sup>re</sup> inst.) [*Motel 6*], la Cour fédérale a conclu que, parce qu'il n'y avait pas de motels physiques au pays, la demanderesse n'avait pas établi l'emploi de sa marque de commerce « Motel 6 » au Canada en association avec des « services de motels ».

[138] Pour en venir à cette conclusion, la Cour fédérale a estimé que la correspondance ou la communication par téléphone avec des clients, des clients potentiels ou les agents de la demanderesse au Canada uniquement afin de prendre et de confirmer des réservations de chambre dans un motel situé aux États-Unis ne constituait pas un emploi d'une marque en liaison avec des « services de motels » au Canada. Selon la Cour fédérale dans cette décision, il devait y avoir au moins quelque installation commerciale au Canada dans de tels cas.

[139] Non seulement il convient d'établir une certaine distinction entre les faits en l'espèce et ceux de l'affaire *Motel 6*, mais également il convient de souligner que l'affaire *Motel 6* ne relevait pas de l'article 45. Elle portait plutôt sur la question de l'emploi de la marque de commerce de la demanderesse dans le cadre d'une procédure en radiation prévue à l'article 57. Compte tenu de la nature sommaire de l'instance prévue à l'article 45, le fardeau de la preuve qui pèse sur le titulaire d'une marque de commerce y est plus léger que dans une procédure en radiation : *Austin Nichols & Co., Inc. c. Cinnabon Inc.*, [1998] 4 C.F. 569, 1998 CanLII 9088 (C.A.), au paragraphe 29; *Woods Canada Ltd.*, précitée, au paragraphe 9.

[140] Les observations de la Cour dans la décision *Motel 6* doivent également être appréciées à la lumière de la situation qui existait au début des années 1980. L'Internet en était à ses balbutiements et n'était pas

that it is now. There was also no concept of online commerce when the definition of “use” was introduced into the *Trade Marks Act* in 1953 [S.C. 1952-53, c. 49], and that definition has remained substantially the same since that time.

[141] As was noted earlier, the meaning of terms used in trademark registrations can evolve over time. This is especially so where, as here, there have been significant technological advancements that have radically changed the manner in which services are offered to consumers: David Bowden and Junyi Chen, “Canadian Trademark Law and ‘Use’ in the Computer and Internet Age” (2017), 33 *C.I.P.R.* 49, at pages 50–51.

[142] The requirements for “use” under section 45 of the Act must adapt to accord with 21st century commercial practices. That said, as one knowledgeable commentator has suggested, a precise and exhaustive definition of trademark use is not only impossible, but is also not necessarily desirable. This is because “it may easily become too rigid and/or obsolete in a rapidly changing world where every day new ways of sales, marketing and commerce are developed and applied”: Bojan Pretnar, “Use and Non-Use in Trade Mark Law” in Jeremy Phillips and Ilanah Simon, eds., *Trade Mark Use* (Oxford: Oxford University Press, 2005) 11, at page 27; cited with approval in *Cosmetic Warriors*, above, at paragraph 23.

[143] Nevertheless, as the Federal Court observed in *Unicast SA v. South Asian Broadcasting Corporation Inc.*, 2014 FC 295, 122 C.P.R. (4th) 409 [*Unicast*], the concept of “use” cannot be completely open-ended. *Unicast* involved the display of a trademark on the website of a radio station located outside of Canada, which could be accessed by Canadians over the Internet. The Federal Court found that this was insufficient to support the use of the mark in Canada in association with various forms of radio communication services.

accessible au grand public comme il l’est aujourd’hui. La notion de commerce en ligne n’existait pas non plus lorsque la définition d’« emploi » a été ajoutée dans la *Loi sur les marques de commerce* en 1953 [S.C. 1952-53, ch. 49], laquelle définition est restée essentiellement la même depuis.

[141] Comme je l’ai indiqué plus haut, le sens des termes utilisés dans les enregistrements de marques de commerce peut évoluer au fil du temps. C’est d’autant plus vrai lorsque, comme en l’espèce, il y a eu des avancées technologiques importantes qui ont radicalement changé la manière dont les services sont offerts aux consommateurs : David Bowden et Junyi Chen, « Canadian Trademark Law and ‘Use’ in the Computer and Internet Age » (2017), 33 *C.I.P.R.* 49, aux pages 50 et 51.

[142] Les exigences relatives à l’« emploi » pour l’application de l’article 45 de la Loi doivent s’adapter aux pratiques commerciales du XXI<sup>e</sup> siècle. Cela dit, comme l’a dit un observateur bien informé, définir de façon précise et exhaustive ce que signifie « emploi » à l’égard d’une marque de commerce est une tâche non seulement impossible, mais pas nécessairement souhaitable. Il en est ainsi parce que la définition [TRADUCTION] « peut facilement devenir trop rigide ou obsolète dans un monde en mutation rapide où, chaque jour, de nouvelles méthodes de vente, de marketing et de commerce sont conçues et déployées » : Bojan Pretnar, « Use and Non-Use in Trade Mark Law » dans Jeremy Phillips et Ilanah Simon, dir., *Trade Mark Use* (Oxford : Oxford University Press, 2005) 11, à la page 27; cité avec approbation dans l’arrêt *Cosmetic Warriors*, précité, au paragraphe 23.

[143] Néanmoins, comme l’a fait observer la Cour fédérale dans la décision *Unicast SA c. South Asian Broadcasting Corporation Inc.*, 2014 CF 295, 2014 CarswellNat 874 (WLNNext Can.) [*Unicast*], la notion d’« emploi » ne peut pas être indéfinie. La décision *Unicast* portait sur l’affichage d’une marque de commerce sur le site Web d’une station de radio située à l’extérieur du Canada, mais que pouvaient écouter les Canadiens par Internet. La Cour fédérale a conclu que cette utilisation était insuffisante pour prouver l’emploi de la marque au Canada en liaison avec diverses formes de services de radiocommunication.

[144] As the Federal Court observed, were it otherwise, any foreign trademark holder could obtain the expungement of a bona fide Canadian trademark based on previous use of a mark over the Internet, even if the foreign trademark owner had no nexus to Canada and no physical presence in this country: *Unicast*, above, at paragraph 47. While this is a legitimate concern, that is not this case.

[145] In this case, the Federal Court [at paragraph 56] was alive to the concern articulated in *Unicast*, specifically citing that decision as authority for the proposition that “the concept of performing services is key”, and that “it is essential that some aspect of the services must be offered directly to Canadians or performed in Canada”. On the evidence before it, the Court was nevertheless satisfied that some aspects of “hotel services” were performed in Canada, and that Canadians could receive a meaningful benefit in this country from those services.

[146] Ultimately, cases such as this often turn on the quality of the evidence provided by the trademark owner. However, just as a precise and exhaustive definition of trademark use is neither possible nor desirable, it is also not possible to identify all of the types of evidence that may be required to establish use of a mark on the Internet in association with a particular class of services.

[147] That said, bare assertions of use will not be enough, and the mere display of a mark on a website from outside of Canada will not suffice to establish use of the mark in this country in association with registered services. Moreover, the ability of individuals in Canada to passively view content on a foreign website will be insufficient to constitute use of a mark in this country. There must, at a minimum, be a sufficient degree of interactivity between trademark owner and Canadian consumer to amount to use of a mark in Canada in conjunction with services over the Internet.

[144] Comme l’a fait observer la Cour fédérale, s’il en était autrement, tout titulaire étranger d’une marque de commerce pourrait obtenir la radiation d’une marque canadienne authentique au motif que celle-ci avait été utilisée antérieurement sur Internet, même si le titulaire étranger de la marque n’avait aucun lien avec le Canada ni aucune présence effective au pays : *Unicast*, précitée, au paragraphe 47. Il s’agit d’une réserve légitime, mais ce n’est pas ce dont il s’agit en l’espèce.

[145] En l’espèce, la Cour fédérale [au paragraphe 56] a pris en considération la réserve exprimée dans la décision *Unicast*, invoquant précisément cette décision pour étayer les affirmations selon lesquelles « la notion de l’exécution des services est centrale » et « il est essentiel qu’un aspect quelconque des services soit offert directement aux Canadiens ou exécuté au Canada ». Au vu des éléments de preuve dont elle disposait, la Cour a néanmoins conclu que certains aspects des « services hôteliers » avaient été fournis au Canada et que les Canadiens pouvaient tirer un avantage important de ces services au pays.

[146] En fin de compte, les affaires comme celle en l’espèce dépendent souvent de la qualité des éléments de preuve fournis par le propriétaire de la marque de commerce. Toutefois, au même titre qu’il n’est ni possible ni souhaitable de définir de façon précise et exhaustive ce en quoi constitue l’emploi d’une marque de commerce, il n’est pas non plus possible d’énumérer tous les types d’éléments de preuve qui peuvent être nécessaires pour établir l’emploi d’une marque sur l’Internet en liaison avec une catégorie particulière de services.

[147] Cela dit, de simples affirmations d’emploi ne suffiront pas, et le simple fait d’afficher la marque sur un site Web étranger ne suffira pas pour établir l’emploi de la marque au Canada en liaison avec des services enregistrés. De plus, que des personnes au Canada puissent voir passivement le contenu d’un site Web étranger ne suffira pas pour établir l’emploi d’une marque au pays. Il doit y avoir, au minimum, un degré suffisant d’interactivité entre le propriétaire de la marque de commerce et le consommateur canadien pour que l’emploi de la marque au Canada soit établi par l’utilisation de services sur Internet.

[148] Evidence with respect to website metrics such as the number of times that a website displaying a mark has been accessed by people in Canada may, in some cases, assist in establishing use of the mark in this country. So too may evidence with respect to the number of Canadians who have availed themselves of the online services offered in conjunction with the mark, as well as sales figures with respect to value of the registered services that have been provided to Canadian consumers over the Internet.

[149] Indeed, the Federal Court suggested in *Unicast* that the trademark owner in that case could potentially have shown prior use of its mark in Canada if it had provided sufficient evidence that Canadians had actually used its streaming services: above, at paragraphs 69–70.

[150] Evidence showing that the content offered by the website is stored on servers located in Canada may also be persuasive, as may evidence showing that consumers in Canada are targeted with advertising. Similarly, evidence that prices are listed in Canadian dollars or other indicators demonstrating that the website is directed to Canadian customers may also satisfy the requirements of sections 4 and 45 of the Act: *Lapointe Rosenstein LLP v. The West Seal, Inc.*, 2012 TMOB 114, 103 C.P.R. (4th) 136, at paragraph 27; *Dollar General Corporation*, above, at paragraph 27.

[151] There may be other considerations specific to the industry or sector in which the trademark owner operates that may require a particular type of evidence to establish use of a mark in Canada in association with specific services. An example of this is found in *Unicast*, which, as noted earlier, involved a mark used in association with radio broadcasts over the Internet. This form of communication is regulated by the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, and evidence that the requirements of that legislation had been satisfied may have been of assistance in establishing use of the mark at issue in Canada in that case.

[148] Les éléments de preuve relatifs aux données mesurables de sites Web, telles que le nombre de fois qu'un site Web affichant une marque a été consulté par des personnes au Canada, peuvent, dans certains cas, aider à établir l'emploi de la marque au pays. Il en va de même pour des éléments de preuve à l'égard du nombre de Canadiens qui se sont prévalus des services en ligne offerts en lien avec la marque, ainsi que pour les chiffres de vente relativement à la valeur des services enregistrés qui ont été fournis aux consommateurs canadiens par Internet.

[149] En effet, la Cour fédérale a affirmé dans la décision *Unicast* que le propriétaire de la marque de commerce dans cette affaire aurait eu la possibilité de démontrer l'emploi antérieur de sa marque au Canada s'il avait fourni des éléments de preuve suffisants montrant que des Canadiens avaient effectivement utilisé ses services de diffusion en direct : précitée, aux paragraphes 69 et 70.

[150] Des éléments de preuve montrant que le contenu proposé par le site Web est conservé sur des serveurs situés au Canada peuvent également être convaincants, tout comme des éléments de preuve montrant qu'il y a de la publicité s'adressant aux consommateurs canadiens. De même, des éléments de preuve montrant que les prix sont affichés en dollars canadiens et d'autres indicateurs montrant que le site Web est destiné aux clients canadiens peuvent également établir qu'il est satisfait aux exigences des articles 4 et 45 de la Loi : *Lapointe Rosenstein srl c. The West Seal, Inc.*, 2012 COMC 114, [2012] C.M.O.C. n° 5114 (QL), au paragraphe 27; *Dollar General Corporation*, précitée, au paragraphe 27.

[151] Il peut y avoir d'autres facteurs propres à l'industrie ou au secteur dans lesquels le propriétaire de la marque de commerce exerce ses activités qui peuvent nécessiter un type donné de preuve pour établir l'emploi d'une marque au Canada en liaison avec des services précis. On en trouve un exemple dans la décision *Unicast*, qui, comme je l'ai indiqué ci-dessus, concernait une marque employée en liaison avec des émissions de radio diffusées sur Internet. Cette forme de communication est régie par la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, et des éléments de preuve montrant qu'il était satisfait aux exigences de cette loi auraient pu être utiles

[152] However, as was noted earlier, every case will turn on its own individual facts, and evidence that is relevant in one case may not be relevant in another. Ultimately, the question in each case will be whether the trademark owner has provided evidence that establishes that people in this country can derive a material benefit from services that are performed in this country.

#### X. The Costs Appeal

[153] Having allowed Hilton's appeal, the Federal Court (in reasons cited as 2018 FC 1111) awarded Hilton costs of \$15 600. This was comprised of legal fees of \$9 000 and disbursements of \$6 600.

[154] Hilton had sought costs on a lump sum basis in the amount of \$49 696.75, as well as disbursements of \$6 608.21. It asserted that this represented approximately 50 percent of the legal fees that it had actually incurred, and 100 percent of its disbursements.

[155] In the alternative, Hilton sought costs at the upper end of Column V of Tariff B of the *Federal Courts Rules* (SOR/98-106), with an allowance for second counsel at the Federal Court hearing, in the amount of \$18 600, plus 100 percent of its disbursements, for a total of \$25 208.21. Hilton also noted that its legal fees, calculated at the upper end of Column III of Tariff B would amount to \$10 600.

[156] Miller Thomson opposed Hilton's request, submitting that Hilton was seeking an award of costs that was more than ten times higher than any previous costs award by the Federal Court in an appeal under section 45 of the *Trademarks Act*. While the case may have been important to Hilton, Miller Thomson submitted that that it was no more complex than any other section 45 appeal.

pour établir l'emploi au Canada de la marque en litige dans cette affaire.

[152] Toutefois, comme je l'ai indiqué plus haut, chaque affaire repose sur les faits qui lui sont propres, et des éléments de preuve qui sont pertinents dans une affaire peuvent ne pas l'être dans une autre. Au bout du compte, la question à trancher dans chaque affaire sera de savoir si le propriétaire de la marque de commerce a fourni des éléments de preuve établissant que les résidents du Canada peuvent tirer des avantages importants des services qui sont fournis au Canada.

#### X. L'appel visant les dépens

[153] Ayant accueilli l'appel de Hilton, la Cour fédérale (dans les motifs portant le numéro de référence 2018 CF 1111) a adjugé à Hilton des dépens de 15 600 \$, soit 9 000 \$ pour les frais juridiques et 6 600 \$ pour les débours.

[154] Hilton avait demandé une somme globale de 49 696,75 \$ au lieu de dépens, ainsi que 6 608,21 \$ pour les débours. Elle a affirmé que cela représentait environ 50 p. 100 des frais juridiques qu'elle avait payés et 100 p. 100 de ses débours.

[155] À titre subsidiaire, Hilton a demandé des dépens calculés selon l'extrémité supérieure de la fourchette prévue à la colonne V du tarif B des *Règles des Cours fédérales* (DORS/98-106), avec une indemnité pour le deuxième avocat présent à l'audience de la Cour fédérale, qui s'élèverait à 18 600 \$, plus 100 p. 100 de ses débours, pour un total de 25 208,21 \$. Hilton a également fait observer que ses frais juridiques, calculés selon l'extrémité supérieure de la fourchette prévue à la colonne III du tarif B, s'élèveraient à 10 600 \$.

[156] Miller Thomson s'est opposée à la demande de Hilton, faisant valoir que Hilton demandait des dépens plus de dix fois supérieurs aux dépens les plus élevés adjugés par la Cour fédérale dans un appel déposé au titre de l'article 45 de la *Loi sur les marques de commerce*. Miller Thomson fait valoir que, bien que l'affaire ait été importante pour Hilton, elle n'était pas plus complexe que tout autre appel interjeté au titre de l'article 45.



[157] The Federal Court considered the parties' submissions, as well as the complexity of the proceeding and the fact that the case involved "sophisticated commercial parties that clearly ha[d] the means to pay for the legal choices they make". It nevertheless found that Hilton "ha[d] not demonstrated why its circumstances warrant[ed] an award of costs higher than those prescribed by Column III of Tariff B".

[158] Having stated that it would calculate costs based on the mid-point of Column III of Tariff B, Miller Thomson argues that the Federal Court then erred by calculating costs on a different basis. According to Miller Thomson, costs in accordance with the mid-point of Column III of Tariff B would have resulted in Hilton receiving an award in the amount of \$5 208, exclusive of disbursements, rather than the \$9 000 that it was awarded. Miller Thomson further submits that the Federal Court erred in law by failing to conduct a reasonableness analysis of the disbursements that Hilton had claimed, and that, in any event, Hilton had not provided information that would have allowed for a determination of the reasonableness of those disbursements.

[159] An award of costs is "quintessentially discretionary": *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, at paragraph 126. Appellate courts should only interfere with costs awards on appeal if the court below "made an error in principle or if the costs award is plainly wrong": *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271, at paragraph 247, citing *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303, at paragraph 27.

[160] This Court's decision in *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331, confirms that the standard of review applicable on appeals of discretionary decisions of the Federal Court is that articulated by the Supreme Court in *Housen*, above. That is, palpable and overriding error in respect of findings of fact and mixed

[157] La Cour fédérale a pris en considération les observations des parties, ainsi que la complexité de l'instance et le fait que l'affaire opposait [TRADUCTION] « des parties bien établies en affaires qui [avaient] clairement les moyens d'assumer financièrement leurs choix juridiques ». Elle a néanmoins conclu que Hilton [TRADUCTION] « n'a pas démontré en quoi les circonstances justifiaient l'adjudication de dépens supérieurs à ceux prévus à la colonne III du tarif B ».

[158] Miller Thomson soutient que la Cour fédérale, ayant déclaré qu'elle calculerait les dépens selon le milieu de la fourchette prévue à la colonne III du tarif B, a ensuite commis une erreur en calculant les dépens d'une autre manière. Selon Miller Thomson, si les dépens avaient été calculés selon le milieu de la fourchette prévue à la colonne III du tarif B, Hilton aurait reçu des dépens de 5 208 \$, sans compter les débours, plutôt que les 9 000 \$ qui lui ont été adjugés. Miller Thomson soutient en outre que la Cour fédérale a commis une erreur de droit en ne procédant pas à une analyse du caractère raisonnable des débours demandés par Hilton et que, quoi qu'il en soit, Hilton n'avait pas fourni de renseignements qui auraient permis l'examen du caractère raisonnable de ces débours.

[159] L'adjudication des dépens est « un exemple typique d'une décision discrétionnaire » : *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, au paragraphe 126. La cour d'appel ne doit intervenir dans l'attribution de dépens que si le tribunal inférieur « a commis une erreur de principe ou si cette attribution est nettement erronée » : *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271, au paragraphe 247, citant l'arrêt *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303, au paragraphe 27.

[160] Dans l'arrêt *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331, notre Cour a confirmé que la norme de contrôle applicable dans les appels visant des décisions discrétionnaires de la Cour fédérale est celle énoncée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Housen*, précité, c'est-à-dire la norme de l'erreur manifeste

fact and law, and correctness with respect to extricable questions of law.

[161] Insofar as the \$9 000 awarded to Hilton on account of legal fees is concerned, Hilton had sought fees in the amounts of \$49 696.75, representing half of the fees it had actually incurred in relation to the Federal Court proceeding. This amount was supported by an affidavit from a law clerk with Hilton's counsel's firm that confirmed the amount of fees that had been billed to Hilton for the Federal Court proceeding. In the alternative, Hilton sought \$18 600 for fees, calculated in accordance with the upper end of Column V of Tariff B. Hilton further advised that its fees, calculated at the upper end of Column III of Tariff B, would amount to \$10 600. An award of \$9 000 for fees was thus calculated at something below the upper end of Column III of Tariff B.

[162] The calculation of fees in accordance with a particular column in Tariff B is, moreover, not an exact science. Determining the precise "mid-point" of Column III can be difficult because subsection 2(2) of Tariff B prohibits allocating a number of units that includes a fraction, with the result that the number of units allocated to a particular service may be rounded up or rounded down to a whole number. For example, the range of units under Column III of Tariff B for "preparation and filing of a contested motion" is between 4 and 7 units. The mid-point of this range would thus be 5.5 units, which could be rounded down to 5 units, or rounded up to 6 units.

[163] The Federal Court was well aware of the complexity of this case, and it stated that "[f]or the sake of simplicity", it was awarding Hilton \$9 000 for legal fees, specifically stating that this amount had been calculated at the mid-point of Column III of Tariff B. In these circumstances, Miller Thomson has not persuaded me that the Federal Court erred in principle or was plainly

et dominante s'il s'agit d'une conclusion de fait ou d'une conclusion mixte de fait et de droit et la norme de la décision correcte s'il s'agit d'une question de droit isolable.

[161] En ce qui concerne les 9 000 \$ accordés à Hilton au titre des frais juridiques, Hilton avait demandé une somme de 49 696,75 \$, représentant la moitié des frais qu'elle avait payés en raison de la procédure judiciaire devant la Cour fédérale. Elle avait justifié cette somme en produisant l'affidavit d'un auxiliaire juridique du cabinet de l'avocat de Hilton qui confirmait le montant des honoraires qui avaient été facturés à Hilton pour la procédure devant la Cour fédérale. À titre subsidiaire, Hilton avait demandé 18 600 \$ pour les frais juridiques, calculés selon l'extrémité supérieure de la fourchette prévue à la colonne V du tarif B. Hilton a en outre indiqué que ses frais juridiques, calculés selon l'extrémité supérieure de la fourchette prévue à la colonne III du tarif B, s'élèveraient à 10 600 \$. Les 9 000 \$ attribués pour les frais juridiques ont donc été calculés selon un nombre d'unités moins élevé que l'extrémité supérieure de la fourchette prévue à la colonne III du tarif B.

[162] De plus, le calcul des dépens en fonction d'une colonne donnée du tarif B n'est pas une science exacte. Il peut être difficile de déterminer exactement où se trouve le « milieu de la fourchette » de la colonne III, car le paragraphe 2(2) du tarif B interdit d'attribuer un nombre d'unités qui comporte une fraction, de sorte que le nombre d'unités attribuées à un service donné peut être arrondi à un nombre entier supérieur ou inférieur. Par exemple, la fourchette d'unités prévues à la colonne III du tarif B pour l'article « préparation et dépôt d'une requête contestée » est de 4 à 7 unités. Le milieu de cette fourchette serait donc de 5,5 unités, chiffre qui pourrait être arrondi vers le bas pour se fixer à 5 unités ou vers le haut pour se fixer à 6 unités.

[163] La Cour fédérale était bien consciente de la complexité de la présente affaire et a déclaré que, [TRADUCTION] « par souci de simplicité », elle accordait à Hilton 9 000 \$ pour les frais juridiques, en précisant que cette somme avait été calculée selon le milieu de la fourchette prévue à la colonne III du tarif B. Dans ces circonstances, Miller Thomson ne m'a pas convaincue que la

wrong or that it calculated its costs award for fees based on something other than the mid-point of Column III of Tariff B.

[164] Insofar as the award of \$6 600 for disbursements is concerned, it is true that Hilton did not provide a detailed breakdown of the disbursements that had been incurred on its behalf in association with this case. However, as this Court observed in *Nova Chemicals Corporation v. Dow Chemical Company*, 2017 FCA 25, 276 A.C.W.S. (3d) 298, the evidentiary record before a trial judge asked to award lump sum costs does not have to provide “a level of detail akin to that which would be required in an assessment conducted by an assessment officer unfamiliar with the proceeding”: at paragraph 15. This Court went on to observe that it would “defeat the purpose of a lump sum, to save time and costs to the parties that would have otherwise resulted from the assessment process”.

[165] While more information with respect to the disbursements would certainly have been helpful, the law clerk’s affidavit that was provided by Hilton affirms that disbursements of \$6 602.21 were incurred in connection with the appeal to the Federal Court. On its face, this is not an excessive amount for a proceeding of this nature, and in light of the law clerk’s evidence confirming that the disbursements were in fact incurred, I am not persuaded that the Federal Court erred in principle or that it was plainly wrong in making its award with respect to disbursements.

#### XI. Conclusion

[166] Given my conclusion that the Federal Court did not err in finding there to have been use of the WALDORF ASTORIA mark in Canada during the relevant period or in making its award of costs in Hilton’s favor, I would dismiss the consolidated appeal. In accordance with the agreement of the parties, I would grant Hilton costs of the consolidated appeal fixed in the amount of \$5 000, inclusive of disbursements and GST.

Cour fédérale avait commis une erreur de principe ou une erreur manifeste ou qu’elle avait calculé les frais juridiques selon un nombre d’unités qui n’était pas au milieu de la fourchette prévue à la colonne III du tarif B.

[164] En ce qui concerne l’attribution de 6 600 \$ pour les débours, il est vrai que Hilton n’a pas fourni de ventilation détaillée des débours payés en son nom dans la présente affaire. Toutefois, comme l’a fait observer notre Cour dans l’arrêt *Nova Chemicals Corporation c. Dow Chemical Company*, 2017 CAF 25, [2017] A.C.F. n° 173 (QL), les éléments de preuve dont dispose le juge chargé d’adjuger une somme globale n’ont pas à être « d’une ampleur comparable à celle qui serait exigée dans le cadre d’une taxation effectuée par un officier taxateur qui ne connaît pas bien le dossier » : au paragraphe 15. Notre Cour a ajouté qu’agir ainsi « irait à l’encontre de l’objet visé par l’adjudication d’une somme globale, à savoir épargner aux parties le temps et l’argent qui auraient par ailleurs été consacrés au processus de taxation ».

[165] Bien qu’il eût certainement été utile d’avoir plus de renseignements sur les débours, selon l’affidavit de l’auxiliaire juridique fourni par Hilton, des débours de 6 602,21 \$ ont été payés en lien avec l’appel porté devant la Cour fédérale. À première vue, cette somme n’est pas exagérée pour une procédure de cette nature et, à la lumière de l’affidavit de l’auxiliaire juridique confirmant que les débours ont effectivement été payés, je ne suis pas convaincue que la Cour fédérale ait commis une erreur de principe ou une erreur manifeste dans sa décision sur les débours.

#### XI. Conclusion

[166] Étant donné ma conclusion selon laquelle la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en concluant qu’il y avait eu emploi de la marque WALDORF ASTORIA au Canada pendant la période pertinente ou en adjugeant les dépens en faveur de Hilton, je rejeterais l’appel regroupé. Conformément à l’entente conclue entre les parties, j’adjugerais à Hilton des dépens de 5 000 \$ à l’égard du présent appel regroupé, ce qui inclut les débours et la TPS.

## XII. The Cross-Appeal

[167] Having dismissed Miller Thomson's main appeal it is unnecessary to deal with the issues raised in Hilton's cross-appeal with respect to the amendment of the Register. I would therefore dismiss the cross-appeal, without costs.

## XII. L'appel incident

[167] L'appel principal de Miller Thomson ayant été rejeté, il est inutile d'examiner les questions soulevées dans l'appel incident de Hilton relativement à la modification du registre. Par conséquent, je rejeterais l'appel incident, sans dépens.

2020 FCA 100  
A-267-17

2020 CAF 100  
A-267-17

**Entertainment Software Association and Entertainment Software Association of Canada** (*Applicants*)

**Entertainment Software Association et Association canadienne du logiciel de divertissement** (*demandereses*)

v.

c.

**Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists, Apple Inc., Apple Canada Inc., Artisti, Bell Canada, Canadian Association of Broadcasters, Canadian Broadcasting Corporation/Société Radio-Canada, Canadian Copyright Licensing Agency O/A Access Copyright, Canadian Media Producers Association, CMRRA-SODRAC Inc., Canadian Retransmission Collective, Cineplex Entertainment LP, Google, Microsoft Corporation, Music Canada, Musicians' Rights Organization Canada, National Campus and Community Radio Association/L'alliance des radios communautaires, Pandora Media Inc., Prof. Ariel Katz, Province of British Columbia, Quebec Collective Society for the Rights of Makers of Sound and Video Recordings, Quebecor Media Inc., Re:Sound Music Licensing Company, Retail Council of Canada, Rogers Communications, Shaw Communications, Sirius XM Canada Inc., Société des auteurs et compositeurs dramatiques, la Société civile des auteurs multimedia, Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction and Yahoo! Canada** (*Respondents*)

**Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists, Artisti, Association canadienne des radiodiffuseurs, L'alliance des radios communautaires/National Campus and Community Radio Association, Bell Canada, Canadian Copyright Licensing Agency S/N Access Copyright, Canadian Media Producers Association, Cineplex Divertissement LP, CMRRA-SODRAC Inc., Conseil canadien du commerce de détail, Google, Ariel Katz, Microsoft Corporation, Music Canada, Musicians' Rights Organization Canada, Pandora Media Inc., Province de la Colombie-Britannique, Québecor Média Inc., Ré:Sonne – Société de gestion de la musique, Rogers Communications Inc., Shaw Communications, Sirius XM Canada Inc., Société civile des auteurs multimédia, Société collective de retransmission du Canada, Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec, Société des auteurs et compositeurs dramatiques, Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction, Société Radio-Canada/Canadian Broadcasting Corporation et Yahoo! Canada** (*défendeurs*)

A-270-17

A-270-17

**Apple Inc. and Apple Canada Inc.** (*Applicants*)

**Apple Inc. et Apple Canada Inc.** (*demandereses*)

v.

c.

**Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists, Artisti, Bell Canada, Canadian Associations of Broadcasters, Canadian Broadcasting Corporation/Société Radio-Canada, Canadian Copyright Licensing Agency O/A Access Copyright, Canadian Media Producers Association,**

**Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists, Artisti, Association canadienne des radiodiffuseurs, L'alliance des radios communautaires/National Campus and Community Radio Association, Bell Canada, Canadian Copyright Licensing Agency S/N Access Copyright, Canadian**

**CMRRA-SODRAC Inc., Canadian Retransmission Collective, Cineplex Entertainment LP, Entertainment Software Association, Google, Microsoft Corporation, Music Canada, Musicians' Rights Organization Canada, National Campus and Community Radio Association/L'alliance des radios communautaires, Pandora Media Inc., Prof. Ariel Katz, Province of British Columbia, Quebec Collective Society for the Rights of Makers of Sound and Video Recordings, Quebecor Media Inc., Re:Sound Music Licensing Company, Retail Council of Canada, Rogers Communications, Shaw Communications, Sirius XM Canada Inc., Société des auteurs et compositeurs dramatiques and the Société civile des auteurs multimedia, Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada, Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction and Yahoo! Canada (Respondents)**

**INDEXED AS: ENTERTAINMENT SOFTWARE ASSOCIATION v. SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA**

Federal Court of Appeal, Pelletier, Stratas and Near J.J.A.—Toronto, November 26–28, 2018; Ottawa, June 5, 2020.

*Copyright — Communication to the public by telecommunication — Judicial reviews challenging Copyright Board's decision to interpret Copyright Act, s. 2.4(1.1) in a way that deems making work available to public a "communication to the public" within Act, s. 3(1)(f) — Respondent Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) filing with Board proposed tariffs for communication to public by telecommunication of works through online music service — S. 2.4(1.1) later added to Act — Supreme Court in Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (Entertainment Software Association) holding that transmission over Internet of musical work resulting in download of that work not communication by telecommunication — SOCAN arguing that s. 2.4(1.1) rendering Entertainment Software Association irrelevant — Board accepting SOCAN's position — Whether Board properly interpreting Act, s. 2.4(1.1) — Board's decision could not stand — Board constrained by Entertainment Software Association, Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada concerning meaning of "communication to the public by telecommunication" — Preamble to Copyright Modernization Act not supporting interpretation reached by Board — Rather,*

**Media Producers Association, Cineplex Divertissement LP, CMRRA-SODRAC Inc., Conseil canadien du commerce de détail, Entertainment Software Association, Google, Ariel Katz, Microsoft Corporation, Music Canada, Musicians' Rights Organization Canada, Pandora Media Inc., Province de la Colombie-Britannique, Québecor Média Inc., Ré:Sonne – Société de gestion de la musique, Rogers Communications Inc., Shaw Communications, Sirius XM Canada Inc., Société civile des auteurs multimédia, Société collective de retransmission du Canada, Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec, Société des auteurs et compositeurs dramatiques, Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada, Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction, Société Radio-Canada/Canadian Broadcasting Corporation et Yahoo! Canada (défendeurs)**

**RÉPERTORIÉ : ENTERTAINMENT SOFTWARE ASSOCIATION c. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE**

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, Stratas et Near, J.C.A.—Toronto, 26 au 28 novembre 2018; Ottawa, 5 juin 2020.

*Droit d'auteur — Communication au public par télécommunication — Contrôles judiciaires remettant en question la décision de la Commission du droit d'auteur d'interpréter l'art. 2.4(1.1) de la Loi sur le droit d'auteur d'une manière qui fait en sorte que l'acte de mettre une œuvre à la disposition du public revient à la « communiquer au public » au sens de l'art. 3(1)(f) de cette loi — La Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), défenderesse, a déposé un projet de tarif à la Commission à l'égard de la communication au public par télécommunication d'œuvres de son répertoire au moyen d'un service de musique en ligne — L'art. 2.4(1.1) a par la suite été ajouté à la Loi — La Cour suprême dans l'arrêt Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (Entertainment Software Association) a jugé que la transmission par Internet d'une œuvre musicale qui mène au téléchargement de cette œuvre n'était pas une communication par télécommunication — La SOCAN a fait valoir que l'art. 2.4(1.1) rendait l'arrêt Entertainment Software Association non pertinent — La Commission a accepté le point de vue de la SOCAN — Il s'agissait de savoir si la Commission a bien interprété l'art. 2.4(1.1) de la Loi — La décision de la Commission ne*



evidence suggesting that s. 2.4(1.1) narrow, limited-purpose provision — Supreme Court in *Entertainment Software Association* concluding that “communicate” in Act, s. 3(1)(f) not capturing downloads of copyrighted works — Only clear legislative text in s. 2.4(1.1) could support Board’s position — Board’s interpretation broadening communication by telecommunication to include preparatory steps (making available) for downloads — S. 2.4(1.1) not creating new exclusive right — Contrary to policy of Act to establish tariff on preparatory step — No basis here to justify payment of two separate fees — Board’s decision quashed — Applications allowed.

*International Law — Domestic implementation — Interrelationship between international law and domestic law — WIPO Copyright Treaty — Copyright Board interpreting Copyright Act, s. 2.4(1.1) in a way that deems making work available to public a “communication to the public” within Act, s. 3(1)(f) — Supreme Court in Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (Entertainment Software Association) holding that transmission over Internet of musical work resulting in download of that work not communication by telecommunication — SOCAN arguing that s. 2.4(1.1) rendering Entertainment Software Association irrelevant — Board accepting SOCAN’s position — Stating contrary position not complying with Canada’s international obligations set out in WIPO Copyright Treaty (Treaty), Art. 8 — Board misunderstanding relationship between Canadian domestic, international law — Board interpreting Treaty, Art. 8, making Act, s. 2.4(1.1) conform to that interpretation — To be binding, international instruments having to be adopted by Parliament — While international instruments not adopted by Parliament may still enter into analysis of domestic legislation, international law cannot be used to displace or amend authentic meaning of that legislation — Board’s treatment of Art. 8 misuse of international law.*

*pouvait être maintenue — La Commission était limitée par les décisions Entertainment Software Association et Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique au sujet du sens de l’expression « communiquer au public, par télécommunication, une œuvre » — Le préambule de la Loi sur la modernisation du droit d’auteur n’étaye pas l’interprétation à laquelle est parvenue la Commission — La preuve semblait plutôt indiquer que l’art. 2.4(1.1) est une disposition étroite à objet limité — Dans la décision Entertainment Software Association, la Cour suprême a conclu que le mot « communiquer » à l’art. 3(1)(f) de la Loi ne visait pas les téléchargements d’œuvres protégées par le droit d’auteur — Il faudrait que l’art. 2.4(1.1) ait un libellé clair pour qu’il étaye la thèse de la Commission — L’interprétation de la Commission a élargi le sens de la communication par télécommunication pour inclure les étapes préparatoires (la mise à la disposition) aux téléchargements — L’art. 2.4(1.1) ne crée pas un nouveau droit exclusif — Il serait contraire au régime de la loi d’établir un tarif pour un acte préparatoire — Rien ne justifiait dans la présente affaire le paiement de deux redevances distinctes — La décision de la Commission a été annulée — Demandes accueillies.*

*Droit international — Mise en œuvre au pays — Liens entre le droit national canadien et le droit international — Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur — La Commission du droit d’auteur a interprété l’art. 2.4(1.1) de la Loi sur le droit d’auteur d’une manière qui fait en sorte que l’acte de mettre une œuvre à la disposition du public revient à la « communiquer au public » au sens de l’art. 3(1)(f) de cette loi — Dans l’arrêt Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (Entertainment Software Association), la Cour suprême a jugé que la transmission par Internet d’une œuvre musicale qui mène au téléchargement de cette œuvre n’est pas une communication par télécommunication — La SOCAN a fait valoir que l’art. 2.4(1.1) rendait l’arrêt Entertainment Software Association non pertinent — La Commission a accepté le point de vue de la SOCAN — La position contraire ne serait pas conforme aux obligations internationales du Canada énoncées à l’art. 8 du Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur (le Traité) — La Commission a mal compris les liens entre le droit national canadien et le droit international — La Commission a interprété l’art. 8 du Traité, puis a rendu l’art. 2.4(1.1) conforme à cette interprétation — Pour être exécutoires, les instruments internationaux doivent être adoptés par le législateur — Si les instruments internationaux qui ne sont pas adoptés par le législateur peuvent quand même faire partie de l’analyse d’une loi nationale, le droit international ne peut servir à écarter ou modifier le sens véritable de la loi nationale — La façon dont la Commission a traité l’art. 8 était un mauvais usage du droit international.*

*Construction of Statutes — Copyright Board (Board) interpreting Copyright Act (Act), s. 2.4(1.1) in a way that deems making work available to public a “communication to the public” within Act, s. 3(1)(f) — Supreme Court in Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (Entertainment Software Association) holding that transmission over Internet of musical work resulting in download of that work not communication by telecommunication — SOCAN arguing that s. 2.4(1.1) rendering Entertainment Software Association irrelevant — Board accepting SOCAN’s position — Stating contrary position not complying with Canada’s international obligations set out in WIPO Copyright Treaty (Treaty), Art. 8 — Board interpreting Art. 8 as intending to provide protection for act of making work available by telecommunication even where there was no transmission to public — Board’s decision suffering from misunderstanding of relationship between domestic, international law — One must always start by discerning authentic meaning of domestic law — International instruments can only enter into analysis of text, context, purpose of legislation in specific ways for specific purposes — Court having to give legislation its authentic meaning if legislation clear, even if conflicting with international law — International law cannot displace or amend authentic meaning of domestic legislation — This applying to administrative decision makers as well as to courts — Presence of international law not invitation to depart from normal, accepted method of interpreting legislation — Board’s treatment of Art. 8 not legally acceptable methodology.*

These were applications for judicial review challenging the Copyright Board’s (Board) decision to interpret subsection 2.4(1.1) of the *Copyright Act* (Act) in a way that deems making a work available to the public a “communication to the public” within paragraph 3(1)(f) of the Act.

The respondent Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) filed with the Board proposed tariffs for certain years for the communication to the public by telecommunication of works in its repertoire through an online music service. After SOCAN filed its proposed tariffs, subsection 2.4(1.1)—sometimes called the “making available provision”—was added to the Act. Not long after the addition of subsection 2.4(1.1), the Supreme Court interpreted the phrase “communicate the work to the public by telecommunication” in *Entertainment Software Association v. Society of Composers*,

*Interprétation des lois — La Commission du droit d’auteur (Commission) a interprété l’art. 2.4(1.1) de la Loi sur le droit d’auteur (Loi) d’une manière qui fait en sorte que l’acte de mettre une œuvre à la disposition du public revient à la « communiquer au public » au sens de l’art. 3(1)(f) de cette loi — Dans l’arrêt Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (Entertainment Software Association), la Cour suprême a jugé que la transmission par Internet d’une œuvre musicale qui mène au téléchargement de cette œuvre n’est pas une communication par télécommunication — La SOCAN a fait valoir que l’art. 2.4(1.1) rendait l’arrêt Entertainment Software Association non pertinent — La Commission a accepté le point de vue de la SOCAN — La position contraire ne serait pas conforme aux obligations internationales du Canada énoncées à l’art. 8 du Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur (le Traité) — La Commission a interprété l’art. 8 comme visant à protéger la mise à la disposition d’une œuvre par télécommunication, même en l’absence de transmission au public — La décision de la Commission a démontré une mauvaise compréhension des liens entre le droit national canadien et le droit international — Il faut toujours commencer par discerner le sens véritable du droit national — Les instruments internationaux peuvent faire partie de l’analyse du texte, du contexte et de l’objet de la loi, mais uniquement de manière précise et dans un but précis — La Cour doit donner son sens véritable à la loi si elle conclut que celle-ci est claire, même en cas de conflit avec le droit international — Le droit international ne peut servir à écarter ou modifier le sens véritable de la loi nationale — Ces principes s’appliquent aux décideurs administratifs ainsi qu’aux tribunaux judiciaires — La présence du droit international ne nous invite pas à nous écarter de la méthode normale et acceptée d’interprétation des lois — La façon dont la Commission a traité l’art. 8 n’était pas une méthode juridique acceptable.*

Il s’agissait de demandes de contrôle judiciaire remettant en question la décision de la Commission du droit d’auteur (Commission) d’interpréter le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d’auteur* (Loi) d’une manière qui fait en sorte que l’acte de mettre une œuvre à la disposition du public revient à la « communiquer au public » au sens de l’alinéa 3(1)(f) de cette loi.

La Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), défenderesse, a déposé un projet de tarif à la Commission pour certaines années à l’égard de la communication au public par télécommunication d’œuvres de son répertoire au moyen d’un service de musique en ligne. Après le dépôt par la SOCAN de son projet de tarif, un nouveau paragraphe, le paragraphe 2.4(1.1), parfois qualifié de paragraphe relatif à la « mise à la disposition », a été ajouté à la Loi. Peu de temps après l’ajout du paragraphe 2.4(1.1), la Cour suprême a interprété l’expression « communiquer au public,

*Authors and Music Publishers of Canada (Entertainment Software Association)*. The Supreme Court held that the transmission over the Internet of a musical work that results in a download of that work is not a communication by telecommunication. Following that decision, SOCAN could not collect royalties for such downloads. SOCAN argued to the Board that subsection 2.4(1.1) rendered *Entertainment Software Association* irrelevant. It submitted that subsection 2.4(1.1) obligated online music services to pay royalties to SOCAN when they post musical works on their Internet servers in a way that allows access to them by their end-user customers, regardless of whether the musical works are later transmitted to end-users by way of downloads, streams or not at all. The Board accepted SOCAN's position. In the Board's view, subsection 2.4(1.1) deems the act of making a work available to the public a "communication to the public" within paragraph 3(1)(f) of the Act and, thus, an act that triggers a tariff entitlement. The Board stated that the contrary position would "not comply with Canada's international obligations" set out in Article 8 of the *WIPO Copyright Treaty* (Treaty). The Board interpreted Article 8 as intending to provide protection for the act of making a work available by telecommunication even where there was no transmission to the public. In its view, its interpretation of subsection 2.4(1.1) was consistent with *Entertainment Software Association*. The effect was to create two separate tariff-triggering events: one for the making available to the public and a later one for transmission over the Internet.

At issue was whether the Board properly interpreted subsection 2.4(1.1) of the Act.

*Held*, the applications should be allowed.

The decision of the Board could not stand. The Board was heavily constrained in what it could acceptably do by the text, context and purpose of subsection 2.4(1.1), case law such as *Entertainment Software Association* and *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada* concerning the meaning of a "communication to the public by telecommunication", and case law concerning the interrelationship between domestic law and international law and the general primacy of the former over the latter. The Board invoked the preamble to the *Copyright Modernization Act*, but the preamble is at a level of generality that does not support the interpretation reached by the Board. The government's statement upon introduction of the legislation is devoid of any guidance on subsection 2.4(1.1) that would support the Board's interpretation. It rather suggests that subsection 2.4(1.1) is a narrow, limited-purpose provision aimed

par télécommunication, une œuvre » dans l'arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (Entertainment Software Association)*. Elle a jugé que la transmission par Internet d'une œuvre musicale qui mène au téléchargement de cette œuvre n'est pas une communication par télécommunication. D'après cette décision, la SOCAN ne pouvait pas percevoir de redevances pour ces téléchargements. La SOCAN a fait valoir devant la Commission que le paragraphe 2.4(1.1) rendait l'arrêt *Entertainment Software Association* non pertinent. Elle a fait valoir que le paragraphe 2.4(1.1) obligeait les services de musique en ligne à payer des redevances à la SOCAN lorsqu'ils mettent des œuvres musicales sur leurs serveurs Internet de manière que leurs clients-utilisateurs puissent y avoir accès, peu importe si les œuvres musicales sont par la suite transmises aux utilisateurs au moyen de téléchargement ou de diffusion, et même si elles ne sont pas transmises. La Commission a accepté le point de vue de la SOCAN. Selon la Commission, le paragraphe 2.4(1.1) fait en sorte que l'acte de mettre une œuvre à la disposition du public revient à la « communiquer au public » au sens de l'alinéa 3(1)f) de cette loi et est, par conséquent, un acte qui déclenche un droit tarifaire. Selon la Commission, la position contraire « ne serait pas conforme aux obligations internationales du Canada » énoncées à l'article 8 du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* (le Traité). La Commission a interprété l'article 8 comme visant à protéger la mise à la disposition d'une œuvre par télécommunication, même en l'absence de transmission au public. À son avis, son interprétation du paragraphe 2.4(1.1) était conforme à l'arrêt *Entertainment Software Association*. Cela a eu pour effet de créer deux actes distincts déclenchant des redevances : un pour la mise à la disposition du public et un autre pour la transmission ultérieure sur Internet.

Il s'agissait de savoir si la Commission a bien interprété le paragraphe 2.4(1.1) de la Loi.

*Arrêt* : les demandes doivent être accueillies.

La décision de la Commission ne pouvait être fondée. La Commission était fortement limitée dans ce qu'elle pouvait faire de manière acceptable par le texte, le contexte et l'objet du paragraphe 2.4(1.1), la jurisprudence, comme *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* au sujet du sens de l'expression « communiquer au public, par télécommunication, une œuvre », et la jurisprudence concernant les liens entre le droit national et le droit international et la primauté générale du premier sur le second. La Commission a invoqué le préambule de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, mais celui-ci est énoncé de façon si générale qu'il n'étaye pas l'interprétation à laquelle est parvenue la Commission. La déclaration du gouvernement lors de la présentation de la loi ne dit rien à l'égard du paragraphe 2.4(1.1) qui pourrait étayer l'interprétation de la Commission. Elle semble plutôt indiquer que

at “clarify[ing] that the unauthorized sharing of copyrighted material over peer-to-peer networks constitutes an infringement of copyright”. *Entertainment Software Association* speaks to the authentic meaning of subsection 2.4(1.1). In that decision, the Supreme Court concluded that the word “communicate” in paragraph 3(1)(f) of the Act did not capture downloads of copyrighted works. In the case at bar, only clear legislative text in subsection 2.4(1.1) could support the Board’s position. The Board’s interpretation broadened communication by telecommunication to include the preparatory steps (making available) for downloads. The Board’s interpretation also ran counter to constraints imposed by previous Supreme Court rulings. Overall, the Board’s interpretation of subsection 2.4(1.1) could not be sustained on any acceptable basis.

The Board’s decision suffered from a misunderstanding of the relationship between Canadian domestic law and international law. The text of subsection 2.4(1.1) should have been the Board’s starting point. The Board took Article 8 of the Treaty, interpreted it, and then made subsection 2.4(1.1) conform with that interpretation. The Board assumed without analysis that subsection 2.4(1.1) implemented protection for the act of making a work available by telecommunication even where there was no transmission to the public. The Board justified this result by asserting that subsection 2.4(1.1) acted as a deeming provision. Just because Canadian domestic legislation is enacted against the backdrop of a treaty that Canada has signed, and just because the preamble to legislation suggests that it is aimed at implementing a treaty, it cannot be assumed that Parliament has adopted the treaty wholesale. When domestic law and international law both potentially bear upon a legal problem, one must always start by discerning the authentic meaning of the domestic law. International instruments are not self-executing in Canadian domestic law. If Parliament decides not to adopt a particular international instrument, that instrument does not become binding domestic law. International instruments can enter into the analysis of the text, context and purpose of legislation, but only in specific ways for specific purposes. If the Court concludes that the legislation is clear and has no patent or latent ambiguities, the Court must give it its authentic meaning and apply it. This must be done even if it conflicts with international law. International law cannot be used to displace or amend the authentic meaning of domestic legislation. This applies to administrative decision makers as well as to courts. The presence of international law is not an invitation to depart from the normal, accepted method of interpreting legislation; rather, in certain, defined circumstances, international law is appropriately considered as part of that method. In this case, the Board’s treatment of Article 8 was not a legally acceptable methodology. It was a misuse of

le paragraphe 2.4(1.1) est une disposition étroite, à objet limité, visant à rendre plus facile de « déterminer si le partage non autorisé des œuvres protégées par le droit d’auteur sur les réseaux de pairs constitue ou non une violation du droit d’auteur ». La décision *Entertainment Software Association* renvoie au sens véritable du paragraphe 2.4(1.1). Dans cette décision, la Cour suprême a conclu que le mot « communiquer » à l’alinéa 3(1)(f) de la Loi ne visait pas les téléchargements d’œuvres protégées par le droit d’auteur. Dans la présente affaire, il faudrait que le paragraphe 2.4(1.1) ait un libellé clair pour qu’il étaye la thèse de la Commission. L’interprétation de la Commission a élargi le sens de la communication par télécommunication pour inclure les étapes préparatoires (la mise à la disposition) aux téléchargements. L’interprétation de la Commission contrevient également aux contraintes imposées par les arrêts antérieurs de la Cour suprême. Dans l’ensemble, l’interprétation du paragraphe 2.4(1.1) par la Commission ne reposait sur aucun fondement acceptable.

La décision de la Commission a démontré une mauvaise compréhension des liens entre le droit national canadien et le droit international. Les termes du paragraphe 2.4(1.1) auraient dû être le point de départ de la Commission. La Commission a pris l’article 8 du Traité, l’a interprété, puis a rendu le paragraphe 2.4(1.1) conforme à cette interprétation. Elle a supposé, sans analyse, que le paragraphe 2.4(1.1) protégeait la mise à la disposition d’une œuvre par télécommunication, même en l’absence de transmission au public. La Commission a justifié ce résultat en affirmant que le paragraphe 2.4(1.1) était une disposition déterminative. Ce n’est pas parce que la législation nationale canadienne est adoptée alors que le Canada a signé un traité et que le préambule de la loi indique qu’elle vise à mettre en œuvre un traité qu’on peut supposer que le législateur a adopté le traité intégralement. Lorsque le droit national et le droit international sont tous deux susceptibles d’être pertinents à un problème juridique, il faut toujours commencer par discerner le sens véritable du droit national. Les instruments internationaux ne sont pas automatiquement exécutoires dans le droit national canadien. Si le législateur décide de ne pas adopter un instrument international précis, cet instrument ne devient pas une loi nationale contraignante. Les instruments internationaux peuvent faire partie de l’analyse du texte, du contexte et de l’objet de la loi, mais uniquement de manière précise et dans un but précis. Si la Cour conclut que la loi est claire et ne présente aucune ambiguïté patente ou latente, elle doit lui donner son sens véritable et l’appliquer. Cela doit être fait même en cas de conflit avec le droit international. Le droit international ne peut servir à écarter ou modifier le sens véritable de la loi nationale. Ces principes s’appliquent aux décideurs administratifs ainsi qu’aux tribunaux judiciaires. La présence du droit international ne nous invite pas à nous écarter de la méthode normale et acceptée d’interprétation des lois; dans certaines circonstances bien définies, le droit international est plutôt considéré à juste titre comme faisant partie de cette

international law. The Board exalted international law over domestic law. In so doing, it violated the constraints imposed by binding case law and fundamental principle.

Finally, subsection 2.4(1.1) does not create a new exclusive right. When the Board's use of a "deeming provision" is set aside, all that is left is a "preparatory act". This is consistent with Parliament's use of the word "includes" in subsection 2.4(1.1). It would be contrary to the policy of the Act to establish a tariff on a preparatory step as this would constitute disaggregating rights for the purpose of adding an additional layer of royalties. There was no basis for the Board's conclusion that a stream does not merge with the making-available which preceded it so as to justify payment of two separate fees. Since there was only one right at stake, the only issue was whether the right was triggered, and the only fees payable were those payable for the exercise of the right.

The decision of the Board concerning the interpretation of subsection 2.4(1.1) was quashed.

#### 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], ss. 9, 91–95.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
- Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2.4(1.1), 3(1)(f).
- Copyright Modernization Act*, S.C. 2012, c. 20, Preamble.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18(1)(a).
- Federal Courts Rules*, SOR/98-106, Tariff B, column III.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, The Hague, October 25, 1980, [1983] Can. T.S. No. 35.
- WIPO Copyright Treaty*, Geneva, 20 December 1996, [2014] Can. T.S. No. 20, Art. 8.

méthode. Dans la présente affaire, la façon dont la Commission a traité l'article 8 n'était pas une méthode juridique acceptable. Il s'agissait d'un mauvais usage du droit international. La Commission a accordé un statut supérieur au droit international par rapport au droit national. Ce faisant, elle a contrevenu aux règles imposées par la jurisprudence contraignante et les principes fondamentaux.

Enfin, le paragraphe 2.4(1.1) ne crée pas un nouveau droit exclusif. Lorsque l'utilisation par la Commission d'une « disposition déterminative » est mise de côté, il ne reste plus que l'« acte préparatoire ». Ceci est conforme à l'utilisation par le législateur des mots « constitue notamment » au paragraphe 2.4(1.1). Il serait contraire au régime de la loi d'établir un tarif pour un acte préparatoire, car cela serait une division des droits dans le but d'ajouter une couche supplémentaire de redevances. Rien ne permettait à la Commission de conclure qu'une diffusion ne fait pas partie de la mise à la disposition qui l'a précédée, de sorte qu'il convient d'exiger deux redevances distinctes. Comme il n'y avait qu'un seul droit en jeu, la seule question était de savoir si le droit a été déclenché, et les seules redevances à payer étaient celles exigibles pour l'exercice du droit.

La décision de la Commission sur l'interprétation du paragraphe 2.4(1.1) a été annulée.

#### 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. 9, 91–95.
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.
- Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, L.C. 2012, ch. 20, préambule.
- Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2.4(1.1), 3(1)(f).
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18(1)a.
- Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, tarif B, colonne III.

#### Traités et autres instruments cités

- Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, La Haye, 25 octobre 1980, [1983] R.T. Can. n° 35.
- Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, Genève, 20 décembre 1996, [2014] R.T. Can. n° 20, art. 8.



## CASES CITED

## APPLIED:

*Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1.

## DISTINGUISHED:

*Office of the Children's Lawyer v. Balev*, 2018 SCC 16, [2018] 1 S.C.R. 398.

## CONSIDERED:

*Online Music Services (CSI: 2011-2013; SOCAN: 2011-2013; SODRAC: 2010-2013)* (25 August 2017), CB-CDA 2017-086, online: Copyright Board <<https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/en/item/366865/index.do>>; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Westminster Bank Ltd. v. Zang*, [1966] A.C. 182 (H.L.); *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743, (1999), 171 D.L.R. (4th) 733.

## REFERRED TO:

*CMRRA-SODRAC Inc. v. Apple Canada Inc.*, 2020 FCA 101; *Canada (Attorney General) v. Abraham*, 2012 FCA 266, 440 N.R. 201; *Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75, 277 C.R.R. (2d) 233; *Canada (Minister of Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006; *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 100 Admin. L.R. (5th) 301; *Re:Sound v. Canadian Association of Broadcasters*, 2017 FCA 138, 148 C.P.R. (4th) 91; *Gitxaala Nation v. Canada*, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418; *Canada (Attorney General) v. Boogaard*, 2015 FCA 150, 474 N.R. 121; *Paradis Honey Ltd. v. Canada*, 2015 FCA 89, [2016] 1 F.C.R. 446, 382 D.L.R. (4th) 720; *Canadian National Railway Company v. Emerson Milling Inc.*, 2017 FCA 79, [2018] 2 F.C.R. 573; *Raincoast Conservation Foundation v. Canada (Attorney*

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Bureau de l'avocat des enfants c. Balev*, 2018 CSC 16, [2018] 1 R.C.S. 398.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Services de musique en ligne (CSI : 2011-2013; SOCAN : 2011-2013; SODRAC : 2010-2013)* (25 août 2017), CB-CDA 2017-086, en ligne : <<https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/en/item/366865/index.do>>; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Westminster Bank Ltd. v. Zang*, [1966] A.C. 182 (H.L.); *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743.

## DÉCISIONS CITÉES :

*CMRRA-SODRAC Inc. c. Apple Canada Inc.*, 2020 CAF 101; *Canada (Procureur général) c. Abraham*, 2012 CAF 266; *Canada (Procureur général) c. Commission canadienne des droits de la personne*, 2013 CAF 75; *Canada (Ministre des Transports, de l'Infrastructure et des Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006; *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117; *Ré:Sonnet c. Association canadienne des radiodiffuseurs*, 2017 CAF 138; *Nation Gitxaala c. Canada*, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418; *Canada (Procureur général) c. Boogaard*, 2015 CAF 150; *Paradis Honey Ltd. c. Canada*, 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Emerson Milling Inc.*, 2017 CAF 79, [2018] 2 R.C.F. 573; *Raincoast Conservation Foundation c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 224, [2020] 1 R.C.F. 362; *Canada (Procureur*



- General*), 2019 FCA 224, [2020] 1 F.C.R. 362; *Canada (Attorney General) v. Heffel Gallery Limited*, 2019 FCA 82, [2019] 3 F.C.R. 81; *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75; *Canadian National Railway Company v. Richardson International Limited*, 2015 FCA 180, 476 N.R. 83; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810; *Canada v. Kabul Farms Inc.*, 2016 FCA 143, 13 Admin. L.R. (6th) 11; *Walchuk v. Canada (Justice)*, 2015 FCA 85, 469 N.R. 360; *Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344, *sub nom. Globalive Wireless Management Corp. v. Public Mobile Inc.*; *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203; *Sharif v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 205, 50 C.R. (7th) 1; *Erasmus v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 129, 473 N.R. 245; *Hillier v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 44, 431 D.L.R. (4th) 556; *Schmidt v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 55, [2019] 2 F.C.R. 376; *Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [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; *Williams v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 252, [2018] 4 F.C.R. 174; *Canada v. Cheema*, 2018 FCA 45, [2018] 4 F.C.R. 328; *Atlas Tube Canada ULC v. Canada (National Revenue)*, 2019 FCA 120, 2019 D.T.C. 5062; *TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144, 433 D.L.R. (4th) 1; *R. v. Rafilovich*, 2019 SCC 51, 442 D.L.R. (4th) 539; *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers*, 2019 SCC 67, 441 D.L.R. (4th) 269; *D'Errico v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 95, 459 N.R. 167; *Yantzi v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 193; *Bonnybrook Park Industrial Development Co. Ltd. v. Canada (National Revenue)*, 2018 FCA 136, 44 Admin. L.R. (6th) 71; *Gitxaala Nation v. Canada*, 2015 FCA 73; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5, 443 D.L.R. (4th) 183; *Canada (Attorney General) v. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc.*, 2020 FCA 63, [2020] 3 F.C.R. 231; *Ishaq v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FCA 151, [2016] 1 F.C.R. 686; *R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5, [2017] 2 W.L.R. 583; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Capital Cities Comm. v. C.R.T.C.*, [1978] 2 S.C.R. 141, (1977), 81 D.L.R. (3d) 609; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, (1998), 166 D.L.R. (4th) 193; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; *Canada v. Seaboard Lumber Sales Co.*, [1995] 3 F.C. 113 (1995), 184 N.R. 364 (C.A.); *Pembina County Water Resource District v. Manitoba (Government)*, 2017 FCA 92, 409 D.L.R. (4th) 193; *Canada (Attorney General) v. Heffel Gallery Limited*, 2019 FCA 82, [2019] 3 R.C.F. 81; *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l'énergie)*, 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Richardson International Limited*, 2015 CAF 180; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810; *Canada c. Kabul Farms Inc.*, 2016 CAF 143; *Walchuk c. Canada (Justice)*, 2015 CAF 85; *Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344, *sub nom. Globalive Wireless Management Corp. c. Public Mobile Inc.*; *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203; *Sharif c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 205; *Erasmus c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 129; *Hillier c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 44; *Schmidt c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 55, [2019] 2 R.C.F. 376; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Williams c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 252, [2018] 4 R.C.F. 174; *Canada c. Cheema*, 2018 CAF 45, [2018] 4 R.C.F. 328; *Atlas Tube Canada ULC c. Canada (Revenu national)*, 2019 CAF 120; *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144; *R. c. Rafilovich*, 2019 CSC 51; *Société canadienne des postes c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes*, 2019 CSC 67; *D'Errico c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 95; *Yantzi c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 193; *Bonnybrook Industrial Park Development Co. Ltd. c. Canada (Revenu national)*, 2018 CAF 136; *Nation Gitxaala c. Canada*, 2015 CAF 73; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, 2020 CSC 5; *Canada (Procureur général) c. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc.*, 2020 CAF 63, [2020] 3 R.C.F. 231; *Ishaq c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CAF 151, [2016] 1 R.C.F. 686; *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5, [2018] A.C. 61; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Capital Cities Comm. c. C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Canada c. Seaboard Lumber Sales Co.*, [1995] 3 C.F. 113 (C.A.); *Pembina County Water Resource District c. Manitoba (Gouvernement)*, 2017 CAF 92; *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; *CIBC World Markets Inc. c. Canada*, 2019 CAF 147; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281;

(4th) 719; *ATCO Gas & Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141; *CIBC World Markets Inc. v. Canada*, 2019 FCA 147, [2019] G.S.T.C. 36; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269; *Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 34, [2020] 1 F.C.R. 700, 69 Imm. L.R. (4th) 297; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, (1989), 62 D.L.R. (4th) 577; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513; *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394, (1992), 92 D.L.R. (4th) 609; *GreCon Dimter Inc. v. J. R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176; *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704; *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, (1994), 111 D.L.R. (4th) 1; *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6; *Renaud v. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 S.C.R. 855, (1999), 184 D.L.R. (4th) 441; *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710, [2012] 1 F.C.R. D-2; *Robbins v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 24; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Canada (Food Inspection Agency)*, 2017 FCA 45, 411 D.L.R. (4th) 175; *Immeubles Port Louis Liée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326, (1991), 78 D.L.R. (4th) 175; *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297; *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332; *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *Bernard v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 23.

*Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269; *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 700; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513; *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394; *GreCon Dimter Inc. c. J. R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401; *Kazemi (Succession) c. République islamique d’Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704; *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6; *Renaud c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 R.C.S. 855; *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299, [2012] 1 R.C.F. F-3; *Robbins c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 24; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Canada (Agence d’inspection des aliments)*, 2017 CAF 45; *Immeubles Port Louis liée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22; *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332; *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *Bernard c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 23.

## AUTHORS CITED

Daly, Paul. “Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness” (2016), 62:2 *McGill L.J.* 527.

Mancini, Mark. “The ‘Return’ of ‘Textualism’ at the SCC [?]” (9 April 2019), online (blog): [Double Aspect <doubleaspect.blog/2019/04/09/the-return-of-textualism-at-the-scc/>](http://DoubleAspect<doubleaspect.blog/2019/04/09/the-return-of-textualism-at-the-scc/>).

Wade, William and Christopher Forsyth, *Administrative Law*, 11th ed. New York: Oxford University Press, 2014.

Willis, John. “Statute Interpretation in a Nutshell” (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1.

## DOCTRINE CITÉE

Daly, Paul. « Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness » (2016), 62:2 *R.D. McGill* 527.

Mancini, Mark. « The “Return” of “Textualism” at the SCC [?] » (9 avril 2019), en ligne (blog) : [Double Aspect <doubleaspect.blog/2019/04/09/the-return-of-textualism-at-the-scc/>](http://DoubleAspect<doubleaspect.blog/2019/04/09/the-return-of-textualism-at-the-scc/>).

Wade, William et Christopher Forsyth, *Administrative Law*, 11<sup>e</sup> éd., New York : Oxford University Press, 2014.

Willis, John. « Statute Interpretation in a Nutshell » (1938), 16 *Rev B. can.* 1.

APPLICATIONS for judicial review challenging the Copyright Board’s decision (*Scope of section 2.4(1.1) of the Copyright Act – Making Available* (25 August 2017), CB-CDA 2017-085) to interpret subsection 2.4(1.1) of the *Copyright Act* (Act) in a way that deems making a work available to the public a “communication to the public” within paragraph 3(1)(f) of the Act. Applications allowed.

#### APPEARANCES

*Michael Koch* and *Sarah Stohart* for applicants Apple Inc. and Apple Canada Inc.  
*Gerald (Jay) Kerr-Wilson* and *Stacey Smydo* for applicants/respondents Entertainment Software Association and Entertainment Software Association of Canada, Bell Canada, Quebecor Media Inc., Rogers Communications Inc., Google and Shaw Communications.  
*David W. Kent* and *Jonathan O’Hara* for respondent Pandora Media Inc.  
*Matthew S. Estabrooks* and *Graeme Macpherson* for respondent Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada.  
*Casey Chisick* and *Eric Mayzel* for respondent CMRRA-SODRAC Inc.  
*Barry B. Sookman* and *Daniel G.C. Glover* for respondent Music Canada.  
*John Cotter* for respondent Re: Sound Music Licensing Company.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Goodmans LLP*, Toronto, for applicants for applicants Apple Inc. and Apple Canada Inc.  
*Fasken Martineau Dumoulin LLP*, Ottawa, for applicants/respondents Entertainment Software Association and Entertainment Software Association of Canada, Bell Canada, Quebecor Media Inc., Rogers Communications Inc., Google and Shaw Communications.  
*McMillan LLP*, Toronto and Ottawa, for respondent Pandora Media Inc.  
*Gowling WLG (Canada) LLP*, Ottawa, for respondent Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada.

DEMANDES de contrôle judiciaire remettant en question la décision de la Commission du droit d’auteur (*Portée de l’article 2.4(1.1) de la Loi sur le droit d’auteur — Mise à la disposition* (25 août 2017), CB-CDA 2017-085) d’interpréter le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d’auteur* (Loi) d’une manière qui fait en sorte que l’acte de mettre une œuvre à la disposition du public revient à la « communiquer au public » au sens de l’alinéa 3(1)f) de cette loi. Demandes accueillies.

#### ONT COMPARU :

*Michael Koch* et *Sarah Stohart* pour les demanderesse Apple Inc. et Apple Canada Inc.  
*Gerald (Jay) Kerr-Wilson* et *Stacey Smydo* pour les demanderesse/défenderesse Entertainment Software Association et Association canadienne du logiciel de divertissement, Bell Canada, Québecor Média Inc., Rogers Communications Inc., Google et Shaw Communications.  
*David W. Kent* et *Jonathan O’Hara* pour la défenderesse Pandora Media Inc.  
*Matthew S. Estabrooks* et *Graeme Macpherson* pour la défenderesse Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique.  
*Casey Chisick* et *Eric Mayzel* pour la défenderesse CMRRA-SODRAC Inc.  
*Barry B. Sookman* et *Daniel G.C. Glover* pour la défenderesse Music Canada.  
*John Cotter* pour la défenderesse Ré:Sonne – Société de gestion de la musique.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Goodmans LLP*, Toronto, pour les demanderesse Apple Inc. et Apple Canada Inc.  
*Fasken Martineau Dumoulin LLP*, Ottawa, pour les demanderesse/défenderesse Entertainment Software Association et Association canadienne du logiciel de divertissement, Bell Canada, Québecor Média Inc., Rogers Communications Inc., Google et Shaw Communications.  
*McMillan LLP*, Toronto et Ottawa, pour la défenderesse Pandora Media Inc.  
*Gowling WLG (Canada) LLP*, Ottawa, pour la défenderesse Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique.

*Cassels Brock & Blackwell LLP*, Toronto, for respondent Canadian Media Producers Association and CMRRA-SODRAC Inc.

*Fasken Martineau Dumoulin LLP*, Ottawa, for respondent Bell Mobility Inc., Quebecor Media Inc., Rogers Communications Inc., Google and Shaw Communications.

*Canadian Copyright Licensing Agency o/a Access Copyright*, Toronto, for respondent Canadian Copyright Licensing Agency o/a Access Copyright.

*Ariel Katz* on his own behalf.

*Norton Rose Fulbright Canada LLP*, Montréal, for respondents Quebec Collective Society for the Rights of Makers of Sound and Video Recordings, Société des auteurs et compositeurs dramatiques and Société civile des auteurs multimedia.

*Annie Massicotte*, Montréal, for respondent Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction.

*McCarthy Tétrault LLP*, Toronto, for respondent Music Canada.

*Osler, Hoskin & Harcourt LLP*, Toronto, for respondent Re: Sound Music Licensing Company.

*Cassels Brock & Blackwell LLP*, Toronto, pour les défenderesses Canadian Media Producers Association et CMRRA-SODRAC Inc.

*Fasken Martineau Dumoulin LLP*, Ottawa, pour les défenderesses Bell Mobility Inc., Québecor Média Inc., Rogers Communications Inc., Google et Shaw Communications.

*Canadian Copyright Licensing Agency s/n Access Copyright*, Toronto, pour la défenderesse Canadian Copyright Licensing Agency s/n Access Copyright.

*Ariel Katz* pour son compte.

*Norton Rose Fulbright Canada S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Montréal, pour les défenderesses Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec, Société des auteurs et compositeurs dramatiques et Société civile des auteurs multimédia.

*Annie Massicotte*, Montréal, pour la défenderesse Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction.

*McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Toronto, pour la défenderesse Music Canada.

*Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Toronto, pour la défenderesse Ré:Sonne – Société de gestion de la musique.

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

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

[1] STRATAS J.A.: The Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) administers the right to “communicate” musical works on behalf of copyright owners. It filed with the Copyright Board proposed tariffs for certain years for the communication to the public by telecommunication of works in its repertoire through an online music service.

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : La Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (la « SOCAN ») gère le droit de « communication » d’œuvres musicales pour le compte de titulaires du droit d’auteur. Elle a déposé un projet de tarif à la Commission du droit d’auteur pour certaines années à l’égard de la communication au public par télécommunication d’œuvres de son répertoire au moyen d’un service de musique en ligne.

[2] It was incumbent on the Board to assess the appropriateness of the proposed tariff under the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42.

[2] La Commission devait décider si le projet de tarif était approprié aux termes de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42.

[3] After SOCAN had filed its proposed tariffs, the *Copyright Act* was amended: *Copyright Modernization Act*, S.C. 2012, c. 20. A new subsection, subsection 2.4(1.1), sometimes called the “making available provision”, was added to the *Copyright Act*. It reads as follows:

[3] Après le dépôt par la SOCAN de son projet de tarif, la *Loi sur le droit d’auteur* a été modifiée : voir la *Loi sur la modernisation du droit d’auteur*, L.C. 2012, ch. 20. Un nouveau paragraphe, le paragraphe 2.4(1.1), parfois qualifié de paragraphe relatif à la « mise à la disposition », a



## 2.4 ....

**Communication to the public by telecommunication**

(1.1) For the purposes of this Act, communication of a work or other subject-matter to the public by telecommunication includes making it available to the public by telecommunication in a way that allows a member of the public to have access to it from a place and at a time individually chosen by that member of the public.

[4] This raised the question whether the mere making available of a work on a server for the purpose of later streaming or download by the public was an event for which a tariff was payable.

[5] A few days after the addition of subsection 2.4(1.1) to the Act, the Supreme Court released an important decision that interpreted the phrase “communicate the work to the public by telecommunication”: *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231 [*Entertainment Software Association*]. It held that the transmission over the Internet of a musical work that results in a download of that work is not a communication by telecommunication: see also *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283 [*Rogers* or *Rogers Communications Inc.*], at paragraph 2. Following that decision, SOCAN could not collect royalties for such downloads.

[6] In light of these developments and in support of its proposed tariff, SOCAN argued to the Board that subsection 2.4(1.1) rendered the Supreme Court’s decision in *Entertainment Software Association* irrelevant. It submitted that subsection 2.4(1.1) obligated persons, such as online music services, to pay royalties to SOCAN when they post musical works on their Internet servers in a way that allows access to them by their end-user customers, regardless of whether the musical works are later transmitted to end-users by way of downloads, streams or not at all.

été ajouté à la *Loi sur le droit d’auteur*. Ce paragraphe est rédigé comme suit :

## 2.4 [...]

**Communication au public par télécommunication**

(1.1) Pour l’application de la présente loi, constitue notamment une communication au public par télécommunication le fait de mettre à la disposition du public par télécommunication une œuvre ou un autre objet du droit d’auteur de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit individuellement.

[4] Cela a mené à la question de savoir si le fait de simplement mettre une œuvre à la disposition du public sur un serveur en vue de sa diffusion ou de son téléchargement ultérieur était un acte pour lequel il fallait payer une redevance.

[5] Quelques jours après l’ajout du paragraphe 2.4(1.1) à la *Loi sur le droit d’auteur*, la Cour suprême a rendu une décision importante qui interprétait l’expression « communiquer au public, par télécommunication, une œuvre » : voir *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231 [*Entertainment Software Association*]. Elle a jugé que la transmission par Internet d’une œuvre musicale qui mène au téléchargement de cette œuvre n’est pas une communication par télécommunication. Voir également *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283 [*Rogers Communications*], au paragraphe 2. D’après cette décision, la SOCAN ne pouvait pas percevoir de redevances pour ces téléchargements.

[6] En raison de ces décisions et à l’appui de son projet de tarif, la SOCAN a fait valoir devant la Commission que le paragraphe 2.4(1.1) rendait la décision de la Cour suprême dans l’arrêt *Entertainment Software Association* non pertinente. Elle a fait valoir que le paragraphe 2.4(1.1) obligeait les utilisateurs comme les services de musique en ligne à payer des redevances à la SOCAN lorsqu’ils mettent des œuvres musicales sur leurs serveurs Internet de manière à ce que leurs clients-utilisateurs puissent y avoir accès, peu importe si les œuvres musicales sont par la suite transmises aux

[7] Faced with this argument, the Board invited full submissions on this point from all directly and indirectly affected parties. After considering the parties' submissions, it accepted SOCAN's position: *Scope of section 2.4(1.1) of the Copyright Act – Making Available* (25 August 2017), CB-CDA 2017-085, online: Copyright Board <https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/en/item/366772/index.do>. It held that (at paragraph 12):

... subsection 2.4(1.1) of the *Act* deems the act of placing a work or other subject-matter on a server of a telecommunication network in a way that a request from a member of the public triggers the transmission of that work or subject-matter, including in the form of a stream or download, whether or not such a request ever takes place, to be a communication to the public by telecommunication.

[8] In short, in the Board's view, subsection 2.4(1.1) of the *Copyright Act* deems the act of making a work available to the public a "communication to the public" within paragraph 3(1)(f) of that Act and, thus, an act that triggers a tariff entitlement.

[9] In the Board's view (at paragraphs 13–14), the contrary position would "not comply with Canada's international obligations" set out in Article 8 of the *WIPO Copyright Treaty*, 20 December 1996, [2014] Can. T.S. No. 20 (the "Treaty"). In its view (at paragraph 15), its interpretation of subsection 2.4(1.1) of the Act was consistent with *Entertainment Software Association*.

[10] The effect of this interpretation was to create two separate tariff-triggering events (at paragraph 16):

The act of making a work available to the public remains a communication to the public by telecommunication regardless of whether the subsequent transmission is a download or a stream. It remains distinct from any

utilisateurs au moyen de téléchargement ou de diffusion, et même si elles ne sont pas transmises.

[7] Au vu de cette observation, la Commission a invité toutes les parties touchées directement et indirectement à présenter des observations complètes sur ce point. Après avoir examiné les observations des parties, la Commission a accepté le point de vue de la SOCAN : voir *Portée de l'article 2.4(1.1) de la Loi sur le droit d'auteur – Mise à la disposition* (25 août 2017), CB-CDA 2017-085, en ligne : <https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/fr/item/366772/index.do>. Elle a conclu ce qui suit (au paragraphe 12) :

[...] en vertu du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi*, constitue une communication au public par télécommunication, le fait de mettre une œuvre ou un autre objet du droit d'auteur sur un serveur d'un réseau de télécommunication de manière à ce qu'une requête d'un membre du public entraîne la transmission de cette œuvre ou de cet objet du droit d'auteur, notamment sous la forme d'une diffusion en continu ou d'un téléchargement, qu'une telle requête se concrétise ou non.

[8] En bref, selon la Commission, le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur* fait en sorte que l'acte de mettre une œuvre à la disposition du public revient à la « communiquer au public » au sens de l'alinéa 3(1)f de cette loi et est, par conséquent, un acte qui déclenche un droit tarifaire.

[9] Selon la Commission (aux paragraphes 13 et 14), la position contraire « ne serait pas conforme aux obligations internationales du Canada » énoncées à l'article 8 du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, Genève, 20 décembre 1996, [2014] R.T. Can. n° 20 (le « Traité »). À son avis (au paragraphe 15), son interprétation du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur* était conforme à l'arrêt *Entertainment Software Association*.

[10] Cette interprétation a eu pour effet de créer deux actes distincts déclenchant des redevances (au paragraphe 16) :

Le fait de mettre une œuvre à la disposition du public demeure une communication au public par télécommunication, peu importe si la transmission subséquente est un téléchargement ou une diffusion en continu. Ce fait



subsequent act of transmission; the two acts do not merge and become a single, larger act.

[11] The appellants apply to this Court for judicial review challenging the Board’s decision to interpret subsection 2.4(1.1) in the way it did.

[12] Alongside its decision interpreting subsection 2.4(1.1), the Board decided upon the appropriateness of the proposed tariff: *Online Music Services (CSI: 2011-2013; SOCAN: 2011-2013; SODRAC: 2010-2013)* (25 August 2017), CB-CDA 2017-086, online: Copyright Board <<https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/en/item/366865/index.do>>. Among other things, it found that insufficient evidence had been adduced for it to reach a conclusion about what the tariff should be for the “making available” activity. A judicial review of this related decision has been dismissed: [*CMRRA-SODRAC Inc. v. Apple Canada Inc.*] 2020 FCA 101.

[13] In this case, for the reasons that follow, I would allow the applications and quash the Board’s decision concerning the interpretation of subsection 2.4(1.1). Its interpretation cannot stand.

#### A. Standard of review

[14] Subsection 2.4(1.1) of the *Copyright Act* falls to be interpreted by both the Board and the courts. The Supreme Court has held that the standard of review for Board interpretations of such provisions is correctness: *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 [*SOCAN (2004)*]; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615 [*C.B.C.*]. Whether these three authorities, *SOCAN (2004)*, *Rogers* and *C.B.C.*, still apply is very much open to question.

demeure distinct de tout autre acte subséquent de transmission; les deux actes ne s’intègrent pas pour devenir un acte unique, plus large.

[11] Les demandresses présentent des demandes de contrôle judiciaire à la Cour et remettent en question l’interprétation par la Commission du paragraphe 2.4(1.1).

[12] Parallèlement à sa décision interprétant le paragraphe 2.4(1.1), la Commission s’est prononcée sur le caractère approprié du projet de tarif : voir *Services de musique en ligne (CSI : 2011-2013; SOCAN : 2011-2013; SODRAC : 2010-2013)* (25 août 2017), CB-CDA 2017-086, en ligne : <<https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/en/item/366865/index.do>>. Elle a notamment conclu que la preuve présentée était insuffisante pour lui permettre de tirer une conclusion sur ce que devrait être le tarif pour le fait de « mettre à la disposition ». Une demande de contrôle judiciaire de cette décision a été rejetée : voir [*CMRRA-SODRAC Inc. c. Apple Canada Inc.*] 2020 CAF 101.

[13] En l’espèce, pour les raisons qui suivent, j’accueillerais les demandes et j’annulerais la décision de la Commission sur l’interprétation du paragraphe 2.4(1.1). Son interprétation ne peut être maintenue.

#### A. La norme de contrôle

[14] Le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d’auteur* doit être interprété à la fois par la Commission et par les tribunaux. La Cour suprême a jugé que la norme de contrôle s’appliquant aux interprétations de la Commission dans ces cas est celle de la décision correcte : voir *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 [*SOCAN (2004)*]; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; et *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615 [*Radio-Canada*]. La question de savoir si ces trois décisions — *SOCAN (2004)*, *Rogers Communications* et *Radio-Canada* — s’appliquent encore demeure en suspens.

[15] Last year, the Supreme Court engaged in “a recalibration of the governing approach” to the standard of review of the substantive merits of administrative decision making, throwing into doubt which “past precedents”, even its own, “continue to provide helpful guidance”: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1 [*Vavilov*], at paragraph 143.

[16] *Vavilov* “address[es] all of the situations in which a reviewing court should derogate from the presumption of reasonableness review” and perform correctness review: *Vavilov*, at paragraph 69. *Vavilov* identifies only five such situations: legislated standards of review, statutory appeal mechanisms, constitutional questions, general questions of law of central importance to the legal system as a whole and questions regarding the jurisdictional boundaries between two or more administrative bodies. *SOCAN (2004)*, *Rogers* and *C.B.C.* do not fit into these five. Thus, *Vavilov* casts a cloud over *SOCAN (2004)*, *Rogers* and *C.B.C.*

[17] The Supreme Court did not “definitively foreclose the possibility that another category could be recognized as requiring a derogation from the presumption of reasonableness review in a future case” only because “it would be unrealistic to declare that ... every possible set of circumstances” has been contemplated: *Vavilov*, at paragraph 70. This darkens the cloud over *SOCAN (2004)*, *Rogers* and *C.B.C.* They must have been in the Supreme Court’s contemplation because they are of recent vintage and were cited to it. Yet the Supreme Court offered no gesture to confirm them.

[18] However, some considerations lighten the cloud, if not remove it altogether. In discussing the exception of statutory appeal mechanisms in which the standard of review is correctness on points of law, the Supreme Court spoke of the importance of respecting Parliament’s “institutional design choices”: *Vavilov*, at paragraphs 24, 26, 36, and 46. Parliament’s decision in the *Copyright*

[15] L’année passée, la Cour suprême s’est lancée dans un « rajustement de la méthode à employer » pour choisir la norme de contrôle du bien-fondé des décisions des tribunaux administratifs. Cela soulève un doute quant à savoir si la jurisprudence, même sa propre jurisprudence, « continue de donner des indications utiles » : voir *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 [*Vavilov*], au paragraphe 143.

[16] L’arrêt *Vavilov* vise « l’ensemble des situations dans lesquelles il convient que la cour de révision déroge à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable » et effectue un examen selon la norme de la décision correcte (au paragraphe 69), soit les cinq situations suivantes : les normes de contrôle établies par voie législative, les mécanismes d’appel prévus par la loi, les questions constitutionnelles, les questions de droit générales d’importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et les questions liées aux délimitations des compétences respectives d’organismes administratifs. Les arrêts *SOCAN (2004)*, *Rogers Communications* et *Radio-Canada* ne font pas partie d’une de ces cinq situations. Ainsi, l’arrêt *Vavilov* sème un doute à l’égard de ceux-ci.

[17] La Cour suprême n’a pas fermé « définitivement la porte à la possibilité qu’une autre catégorie puisse ultérieurement être reconnue comme appelant une dérogação à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable » puisqu’il « serait illusoire de déclarer que nous avons envisagé toutes les combinaisons possibles de circonstances » (*Vavilov*, au paragraphe 70). Cela jette un doute sur les arrêts *SOCAN (2004)*, *Rogers Communications* et *Radio-Canada*. La Cour suprême a dû tenir compte de ces arrêts, parce qu’ils sont récents et qu’on a renvoyé la Cour à ceux-ci. Pourtant, la Cour suprême n’a rien fait pour les confirmer.

[18] Certains facteurs permettent toutefois d’alléger le doute, voire de le supprimer complètement. En discutant de l’exception des mécanismes d’appel prévus par la loi, pour lesquels la norme de contrôle est celle de la décision correcte pour les questions de droit, la Cour suprême a mentionné l’importance de respecter les « choix d’organisation institutionnelle » du législateur

*Act* to give jurisdiction to both the Board and the courts on questions of statutory interpretation may be an “institutional design choice” that deserves recognition through correctness review. On this view, *SOCAN (2004)*, *Rogers* and *C.B.C.* remain good law.

[19] Further, *Vavilov* stands for consistency, coherence and certainty in the law of judicial review. *SOCAN (2004)*, *Rogers* and *C.B.C.* do further consistency, coherence and certainty. *Rogers*, for example, explains how (at paragraph 14):

It would be inconsistent for the court to review a legal question on judicial review of a decision of the Board on a deferential standard and decide exactly the same legal question *de novo* if it arose in an infringement action in the court at first instance. It would be equally inconsistent if on appeal from a judicial review, the appeal court were to approach a legal question decided by the Board on a deferential standard, but adopt a correctness standard on an appeal from a decision of a court at first instance on the same legal question.

[20] We do not have the submissions of the parties on this point. Whether *SOCAN (2004)*, *Rogers* and *C.B.C.* are still good law on the standard of review should be left for another day.

[21] For the purposes of these applications for judicial review, this Court will assume that the standard of review is the one most generous to the Board and those defending its decision, namely reasonableness.

[22] The parties argued these applications while *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 [*Dunsmuir*], not *Vavilov*, was the governing

(*Vavilov*, aux paragraphes 24, 26, 36 et 46). La décision du législateur selon la *Loi sur le droit d’auteur* de donner compétence à la Commission et aux tribunaux à l’égard des questions d’interprétation des lois est peut-être un « choix d’organisation institutionnelle » qui mérite d’être reconnu au moyen de l’examen selon la norme de la décision correcte. De ce point de vue, les arrêts *SOCAN (2004)*, *Rogers Communications* et *Radio-Canada* demeurent valables.

[19] De plus, l’arrêt *Vavilov* appuie la cohérence, l’uniformité et la certitude dans le droit en matière de contrôle judiciaire. Les arrêts *SOCAN (2004)*, *Rogers Communications* et *Radio-Canada* favorisent effectivement la cohérence, l’uniformité et la certitude. L’arrêt *Rogers Communications*, par exemple, explique comment (au paragraphe 14) :

Il serait illogique de contrôler la décision de la Commission sur un point de droit selon une norme déférente, mais d’examiner *de novo* la décision d’une cour de justice rendue en première instance sur le même point de droit dans le cadre d’une action pour violation du droit d’auteur. Il serait tout aussi incohérent que, saisie d’un appel visant un contrôle judiciaire, la cour d’appel fasse preuve de déférence à l’égard de la décision de la Commission sur un point de droit, mais applique la norme de la décision correcte à la décision d’une cour de justice en première instance sur le même point de droit.

[20] Nous n’avons pas d’observations des parties sur cette question. La question de savoir si les arrêts *SOCAN (2004)*, *Rogers Communications* et *Radio-Canada* continuent d’énoncer le droit actuel à l’égard de la norme de contrôle devra être examinée à une autre occasion.

[21] Pour les besoins de la présente demande de contrôle judiciaire, la Cour supposera que la norme de contrôle est celle qui accorde la plus grande déférence à la Commission et qui est la plus favorable pour ceux qui appuient sa décision, à savoir la norme de la décision raisonnable.

[22] Les parties ont présenté leurs observations alors que l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 [*Dunsmuir*], et non

authority for reasonableness review. But that is of no consequence.

[23] For some reviewing courts, *Vavilov* wrought a significant change in how reasonableness review should be conducted. But in our Court, at least for the conducting of reasonableness review in a case like this, *Vavilov* hardly changed anything at all.

[24] In *Vavilov*, the Supreme Court effectively adopted this Court's view that administrative decisions are easier or harder to set aside depending on certain contextual factors that liberate or constrain the decision maker: *Vavilov*, at paragraphs 88–90. No longer must this Court tip-toe around *dicta* in Supreme Court decisions like *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293, at paragraph 35 and *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770, at paragraph 73 that forbade any resort to context.

[25] In *Vavilov*, the Supreme Court accepted that, as a practical matter, some decisions are more likely to survive reasonableness review because they are relatively unconstrained. But other decisions may be less likely to survive because they are relatively more constrained. Our Court previously recognized this reality in a series of foundational cases: see, e.g., *Canada (Attorney General) v. Abraham*, 2012 FCA 266, 440 N.R. 201 [*Abraham*], at paragraphs 37–50; *Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75, 277 C.R.R. (2d) 233 [*Canadian Human Rights Commission*], at paragraphs 13–14; *Canada (Minister of Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006 [*Farwaha*], at paragraphs 88–92; *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 100 Admin. L.R. (5th) 301 [*Delios*], at paragraph 26; and see Paul Daly, “Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness” (2016), 62:2 *McGill L.J.* 527.

l'arrêt *Vavilov*, faisait jurisprudence à l'égard de la norme de la décision raisonnable. Mais cela n'a aucune incidence.

[23] Pour certaines cours de révision, l'arrêt *Vavilov* a entraîné un changement important dans la manière de mener un examen du caractère raisonnable. Cependant, pour notre Cour, du moins pour l'examen du caractère raisonnable dans un cas comme celui-ci, l'arrêt *Vavilov* n'a pratiquement rien changé.

[24] Dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a en fait adopté le point de vue de notre Cour selon lequel il est plus facile ou plus difficile de faire annuler les décisions administratives selon les facteurs contextuels qui libèrent ou contraignent le décideur : voir *Vavilov*, aux paragraphes 88 à 90. Notre Cour ne doit plus chercher à contourner les observations de la Cour suprême dans des décisions comme *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293, au paragraphe 35 et *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770, au paragraphe 73, qui ont interdit tout recours au contexte.

[25] Dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a accepté qu'en pratique, certaines décisions sont plus susceptibles d'être maintenues à la suite d'un examen selon la norme de la décision raisonnable, car elles sont assujetties à relativement peu de contraintes. Mais d'autres décisions sont moins susceptibles d'être maintenues parce qu'elles sont assujetties à relativement plus de contraintes. Notre Cour a déjà reconnu cette réalité dans une série de décisions de principe : voir, p. ex., *Canada (Procureur général) c. Abraham*, 2012 CAF 266 [*Abraham*], aux paragraphes 37 à 50; *Canada (Procureur général) c. Commission canadienne des droits de la personne*, 2013 CAF 75 [*Commission canadienne des droits de la personne*], aux paragraphes 13 et 14; *Canada (Ministre des Transports, de l'Infrastructure et des Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006 [*Farwaha*], aux paragraphes 88 à 92; et *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117 [*Delios*], au paragraphe 26, et voir Paul Daly, « Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness » (2016), 62:2 *R.D. McGill* 527.

[26] *Vavilov* also identifies categories of contextual factors: *Vavilov*, at paragraphs 83, 103, 108–126, 129–135. As we shall now see, this Court previously identified and applied almost all of them.

[27] Administrative decision makers applying fact-driven criteria of a non-legal or less-legal nature are relatively less constrained and so, as a practical matter, their decisions are harder to set aside under the reasonableness standard: *Vavilov*, at paragraphs 108–110; and in this Court, see, e.g., *Re:Sound v. Canadian Association of Broadcasters*, 2017 FCA 138, 148 C.P.R. (4th) 91 [*Re:Sound*], at paragraph 49; *Gitxaala Nation v. Canada*, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418 [*Gitxaala Nation (2016)*], at paragraph 149; *Canada (Attorney General) v. Boogaard*, 2015 FCA 150, 474 N.R. 121 [*Boogaard*], at paragraphs 46, 51–52; *Paradis Honey Ltd. v. Canada*, 2015 FCA 89, [2016] 1 F.C.R. 446, 382 D.L.R. (4th) 720, at paragraph 137; *Delios*, at paragraph 21; and *Farwaha*, at paragraphs 90–99.

[28] Public interest determinations based on wide considerations of policy and public interest, assessed on polycentric, subjective or indistinct criteria and shaped by the administrative decision makers' view of economics, cultural considerations and the broader public interest—decisions that are sometimes characterized as quintessentially executive in nature—are very much unconstrained: *Vavilov*, at paragraph 110; and in this Court see, e.g., *Gitxaala Nation (2016)*, at paragraph 150; *Canadian National Railway Company v. Emerson Milling Inc.*, 2017 FCA 79, [2018] 2 F.C.R. 573 [*Emerson Milling*], at paragraphs 72–73; and *Raincoast Conservation Foundation v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 224, [2020] 1 F.C.R. 362, at paragraphs 18–19.

[29] Complex, multifaceted and sensitive weighings by administrative decision makers of information, impressions and indications using criteria that may shift and be weighed differently from time to time depending upon changing and evolving circumstances, all other things being equal, are relatively unconstrained and are harder to set aside: *Vavilov*, at paragraphs 129–132; and

[26] L'arrêt *Vavilov* décrit également des catégories de facteurs contextuels : voir *Vavilov*, aux paragraphes 83, 103, 108 à 126 et 129 à 135. Comme nous le verrons maintenant, notre Cour les avait déjà presque tous décrits et appliqués.

[27] Les décideurs administratifs qui appliquent des critères factuels de nature non juridique, ou moins juridique, sont relativement plus libres et, en pratique, il est plus difficile de faire annuler leurs décisions selon la norme de la décision raisonnable : voir *Vavilov*, aux paragraphes 108 à 110, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Ré:Sonne c. Association canadienne des radiodiffuseurs*, 2017 CAF 138 [*Ré:Sonne*], au paragraphe 49; *Nation Gitxaala c. Canada*, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418 [*Nation Gitxaala (2016)*], au paragraphe 149; *Canada (Procureur général) c. Boogaard*, 2015 CAF 150 [*Boogaard*], aux paragraphes 46, 51 et 52; *Paradis Honey Ltd. c. Canada*, 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446, au paragraphe 137; *Delios*, au paragraphe 21; et *Farwaha*, aux paragraphes 90 à 99.

[28] Les décisions relatives à l'intérêt public fondées sur de vastes considérations de politique générale et d'intérêt public, évaluées selon des critères polycentriques, subjectifs ou indistincts et qui dépendent de l'opinion des décideurs administratifs sur des questions économiques et culturelles et sur des questions d'intérêt public au sens large — décisions dont on dit parfois qu'elles sont fondamentalement de nature exécutive — sont très peu limitées : voir *Vavilov*, au paragraphe 110, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Nation Gitxaala (2016)*, au paragraphe 150; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Emerson Milling Inc.*, 2017 CAF 79, [2018] 2 R.C.F. 573 [*Emerson Milling*], aux paragraphes 72 et 73; et *Raincoast Conservation Foundation c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 224, [2020] 1 R.C.F. 362, aux paragraphes 18 et 19.

[29] Toutes autre choses étant égales, les appréciations complexes, délicates et comportant de multiples aspects appelant le décideur administratif à apprécier avec finesse les renseignements, les impressions et les indications en utilisant des critères qui peuvent changer et être appréciés différemment d'une fois à l'autre selon des circonstances changeantes et évolutives sont assujetties



in this Court, see, e.g., *Boogaard*, at paragraphs 47 and 51–52 and *Re:Sound*, at paragraph 50.

[30] Assessments legitimately drawn from the expertise or specialization of administrative decision makers, all other things being equal, similarly may be unconstrained and may be harder to set aside: *Vavilov*, at paragraphs 92–93 and 119; and in this Court, see, e.g., *Re:Sound*, at paragraph 48; and *Canada (Attorney General) v. Heffel Gallery Limited*, 2019 FCA 82, [2019] 3 F.C.R. 81 [*Heffel*], at paragraphs 36–37.

[31] Where administrative decision-makers act under broad statutory wording that is capable of an array of meanings, they are relatively less constrained in the statutory interpretations they reach, all other things being equal: *Vavilov*, at paragraph 110; and in this Court, see, e.g., *Heffel*, *Boogaard*, at paragraph 42; *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75 [*Forest Ethics*], at paragraph 69; and *Canadian National Railway Company v. Richardson International Limited*, 2015 FCA 180, 476 N.R. 83, at paragraph 30.

[32] Similarly, administrative decision makers are relatively less constrained by provisions that vest them with a broad scope of discretion: *Vavilov*, at paragraph 108; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810; and in this Court, see, e.g., *Heffel* and *Forest Ethics*.

[33] On the other hand, administrative decision makers that are constrained by specifically worded statutory provisions or settled decisions of the courts may find their decisions set aside if they ignore these constraints: see *Vavilov*, at paragraphs 108–113; and in this Court, see, e.g., *Abraham*, at paragraphs 37–50; *Canadian Human Rights Commission*, at paragraph 14; *Farwaha*, at paragraphs 93–97; and *Emerson Milling*, at paragraph 70.

à relativement peu de contraintes et sont plus difficiles à annuler : voir *Vavilov*, aux paragraphes 129 à 132; et, à notre Cour, voir, p. ex., *Boogaard*, aux paragraphes 47, 51 et 52; et *Ré:Sonne*, au paragraphe 50.

[30] De même, toutes autres choses étant égales, lorsque le décideur administratif fait une évaluation qui découle de ses connaissances spécialisées, le décideur est plus libre et il peut être plus difficile de faire annuler sa décision : voir *Vavilov*, aux paragraphes 92, 93 et 119, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Ré :Sonne*, au paragraphe 48; et *Canada (Procureur général) c. Heffel Gallery Limited*, 2019 CAF 82, [2019] 3 R.C.F. 81 [*Heffel*], aux paragraphes 36 et 37.

[31] Lorsque les décideurs administratifs tirent leur compétence légale d'un libellé plus général qui peut avoir plusieurs sens, ils sont relativement plus libres lorsqu'ils interprètent la loi, toutes autres choses étant égales : voir *Vavilov*, au paragraphe 110, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Heffel*; *Boogaard*, au paragraphe 42; *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l'énergie)*, 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75 [*Forest Ethics*], au paragraphe 69; et *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Richardson International Limited*, 2015 CAF 180, au paragraphe 30.

[32] De même, les décideurs administratifs sont relativement plus libres lorsque les dispositions légales leur confèrent un large pouvoir discrétionnaire : voir *Vavilov*, au paragraphe 108, *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; et *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810; et, à notre Cour, voir, p. ex., *Heffel* et *Forest Ethics*.

[33] D'autre part, lorsque les décideurs administratifs sont moins libres en raison de dispositions légales précises ou de décisions judiciaires bien établies, leurs décisions peuvent être annulées s'ils ne tiennent pas compte de ces limites : voir *Vavilov*, aux paragraphes 108 à 113, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Abraham*, aux paragraphes 37 à 50; *Commission canadienne des droits de la personne*, au paragraphe 14; *Farwaha*, aux paragraphes 93 à 97; et *Emerson Milling*, au paragraphe 70.



[34] Administrative decisions more akin to the legal determinations courts make, governed by legal authorities, not policy, can be relatively constrained: *Vavilov*, at paragraphs 108–100; and in this Court, see, e.g., *Canada v. Kabul Farms Inc.*, 2016 FCA 143, 13 Admin. L.R. (6th) 11 [*Kabul Farms*], at paragraphs 24–25; *Walchuk v. Canada (Justice)*, 2015 FCA 85, 469 N.R. 360 [*Walchuk*]; and *Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344, *sub nom. Globalive Wireless Management Corp. v. Public Mobile Inc.*

[35] Specific methodologies and strict language set out in statutes can be like recipes that must be followed. They too can constrain and, if they are not respected, reversal can result: *Vavilov*, at paragraphs 108–110; and in this Court, see, e.g., *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203; *Sharif v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 205, 50 C.R. (7th) 1 [*Sharif*], at paragraph 34; and *Heffel*, at paragraph 34.

[36] As well, decisions of great significance to the individual call for administrative decision makers to supply more justification and explanation: *Vavilov*, at paragraphs 133–135; and in this Court, see, e.g., *Farwaha*, at paragraphs 91–92; *Boogaard*, at paragraph 49; *Walchuk*, at paragraph 33; *Sharif*, at paragraph 11; *Erasmio v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 129, 473 N.R. 245; and *Kabul Farms*, at paragraphs 24–26.

[37] The parties argued their cases under *Dunsmuir* but mindful throughout of this Court’s jurisprudence. Therefore, it was not necessary to invite them to provide further submissions concerning *Vavilov*. The reasons that follow cite primarily to *Vavilov*. But if *Vavilov* did not exist, these same reasons would have been given, with appropriate citation to the existing jurisprudence of this Court.

[38] The applications for judicial review before this Court challenge the Board’s interpretation of subsection 2.4(1.1). It is apposite to set out what reviewing courts should expect from administrative decision makers

[34] Les décisions administratives qui s’apparentent davantage aux décisions des tribunaux judiciaires et sont régies par le droit et non par des questions de politique générale sont assujetties à relativement plus de contraintes : voir *Vavilov*, aux paragraphes 108 à 110, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Canada c. Kabul Farms Inc.*, 2016 CAF 143 [*Kabul Farms*], aux paragraphes 24 et 25; *Walchuk c. Canada (Justice)*, 2015 CAF 85 [*Walchuk*]; et *Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344, *sub nom. Globalive Wireless Management Corp. c. Public Mobile Inc.*

[35] Lorsque la loi prévoit une méthode précise et que le libellé est strict, elle peut ressembler à une méthode contraignante qu’il faut suivre; sinon, il peut en découler une annulation : voir *Vavilov*, aux paragraphes 108 à 110, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203; *Sharif c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 205 [*Sharif*], au paragraphe 34; et *Heffel*, au paragraphe 34.

[36] De même, lorsque la décision revêt une grande importance pour le particulier, le décideur administratif doit fournir davantage de justifications et d’explications : voir *Vavilov*, aux paragraphes 133 à 135, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Farwaha*, aux paragraphes 91 et 92; *Boogaard*, au paragraphe 49; *Walchuk*, au paragraphe 33; *Sharif*, au paragraphe 11; *Erasmio c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 129; et *Kabul Farms*, aux paragraphes 24 à 26.

[37] Les parties ont présenté leurs observations en tenant compte de l’arrêt *Dunsmuir*, mais elles ont également tenu compte de la jurisprudence de notre Cour. Par conséquent, il n’était pas nécessaire de les inviter à fournir des observations supplémentaires concernant l’arrêt *Vavilov*. Les motifs qui suivent renvoient principalement à l’arrêt *Vavilov*. Cependant, si l’arrêt *Vavilov* n’existait pas, la Cour aurait prononcé les mêmes motifs en renvoyant à la jurisprudence existante de notre Cour.

[38] Les demandes de contrôle judiciaire dont notre Cour est saisie contestent l’interprétation du paragraphe 2.4(1.1) par la Commission. Il convient de dire ce dont les cours de révision s’attendent des décideurs

when they interpret statutory provisions, as this is one of the ways the Board veered off course.

[39] For a while now, this Court has held that administrative decision makers interpreting legislative provisions must consider the text, context and purpose of the provisions in order to arrive at the authentic meaning of the provisions: see *Hillier v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 44, 431 D.L.R. (4th) 556 [*Hillier*], at paragraphs 18–33; *Sharif*, at paragraphs 18–29; and *Schmidt v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 55, [2019] 2 F.C.R. 376 [*Schmidt*], at paragraphs 24–32, all of which follow the leading decisions of the Supreme Court in this area such as *Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 27, 154 D.L.R. (4th) 193; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559 [*Bell ExpressVu*]; and *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10. This Court has also held that administrative decision makers must interpret legislative provisions in a non-result-oriented manner, refraining from pursuing policy preferences alien to the governing legislation: see *Hillier*, *Sharif* and *Schmidt*; see also *Williams v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 252, [2018] 4 F.C.R. 174 [*Williams*], at paragraphs 41–52 and *Canada v. Cheema*, 2018 FCA 45, [2018] 4 F.C.R. 328, at paragraphs 77–80.

[40] The empowering legislation of some administrative decision makers gives them a policy-making or policy-applying role and some have expertise and specialization. These features may make them well-equipped to discern and appreciate the policy genuinely behind particular legislation. But it is not for them—or the courts for that matter—to amend that legislation. Absent specific and proper delegation of the power to legislate, making and changing legislation remains the exclusive preserve of those we elect: *Williams*, at paragraph 49; *Sharif*, at paragraph 51; *Atlas Tube Canada ULC v. Canada (National Revenue)*, 2019 FCA 120, 2019 D.T.C. 5062, at paragraphs 4–5. Administrative decision makers, like courts, are limited to discerning the authentic meaning of legislation and applying that meaning faithfully—not ignoring or distorting that meaning to get a result in a particular case or to achieve whatever they imagine is best or right.

administratifs lorsqu'ils interprètent des dispositions légales, car c'est l'une des façons dont la Commission s'est égarée.

[39] Depuis un certain temps, notre Cour dit que les décideurs administratifs qui interprètent des dispositions légales doivent prendre en compte le texte, le contexte et l'objet des dispositions afin de parvenir au sens véritable des dispositions : voir *Hillier c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 44 [*Hillier*], aux paragraphes 18 à 33; *Sharif*, aux paragraphes 18 à 29; et *Schmidt c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 55, [2019] 2 R.C.F. 376 [*Schmidt*], aux paragraphes 24 à 32, décisions qui suivent les arrêts de principe de la Cour suprême dans ce domaine, comme *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; et *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10. Notre Cour a également jugé que les décideurs administratifs doivent interpréter les dispositions légales d'une manière qui ne favorise pas un résultat précis et qu'ils doivent s'abstenir de viser une politique générale qui ne ressort pas de la législation en vigueur : voir *Hillier*, *Sharif* et *Schmidt*; voir également *Williams c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 252, [2018] 4 R.C.F. 174 [*Williams*], aux paragraphes 41 à 52 et *Canada c. Cheema*, 2018 CAF 45, [2018] 4 R.C.F. 328, aux paragraphes 77 à 80.

[40] La loi habilitante de certains décideurs administratifs leur confère la tâche d'établir ou d'appliquer des politiques, et certains d'entre eux ont une connaissance spécialisée. Cela peut faire qu'ils soient en mesure de discerner et d'appliquer la politique qui sous-tend véritablement une loi précise. Mais ce n'est pas à eux — ni aux tribunaux, d'ailleurs — de modifier la loi. En l'absence d'une délégation précise et appropriée du pouvoir de légiférer, l'établissement et la modification de la loi relèvent de ceux que nous élisons : voir *Williams*, au paragraphe 49; *Sharif*, au paragraphe 51; et *Atlas Tube Canada ULC c. Canada (Revenu national)*, 2019 CAF 120, aux paragraphes 4 et 5. Les décideurs administratifs, comme les tribunaux judiciaires, ne peuvent que discerner le sens véritable de la loi et l'appliquer fidèlement, sans négliger ce sens et sans le déformer pour obtenir un résultat dans une affaire précise ou pour atteindre ce qu'ils croient être préférable ou juste.

[41] *Vavilov* is now the most recent word on this from the Supreme Court. In effect, it reiterates and ratifies the foregoing principles set out by this Court without modification, emphasizing that legislative intent “can be understood only by reading the language chosen by the legislature in light of the purpose of the provision and the entire relevant context”: at paragraph 118.

[42] An administrative decision maker that pays mere lip service to text, context and purpose rather than conducting a genuine analysis may well have its legislative interpretation quashed. The same fate will befall an analysis that is expedient, result-oriented or skewed to advance a policy extraneous to the legislation. In *Vavilov*, the Supreme Court put it this way (at paragraphs 120–121):

... the merits of an administrative decision maker’s interpretation of a statutory provision must be consistent with the text, context and purpose of the provision. In this sense, the usual principles of statutory interpretation apply equally when an administrative decision maker interprets a provision. Where, for example, the words used are “precise and unequivocal”, their ordinary meaning will usually play a more significant role in the interpretive exercise: *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at para. 10. Where the meaning of a statutory provision is disputed in administrative proceedings, the decision maker must demonstrate in its reasons that it was alive to these essential elements.

The administrative decision maker’s task is to interpret the contested provision in a manner consistent with the text, context and purpose, applying its particular insight into the statutory scheme at issue. It cannot adopt an interpretation it knows to be inferior — albeit plausible — merely because the interpretation in question appears to be available and is expedient. The decision maker’s responsibility is to discern meaning and legislative intent, not to “reverse-engineer” a desired outcome.

(For other recent decisions of the Supreme Court on the need for those interpreting legislation to avoid expedient, result-oriented approaches see *TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144, 433 D.L.R. (4th) 1 and *R. v. Rafilovich*, 2019 SCC 51, 442 D.L.R. (4th) 539; and see also Mark Mancini, “The

[41] L’arrêt *Vavilov* est maintenant la plus récente intervention de la Cour suprême à cet égard. En bref, il confirme sans modification les principes susmentionnés énoncés par notre Cour, en soulignant qu’on peut saisir l’intention du législateur « uniquement à partir du texte de loi, de l’objet de la disposition législative et du contexte dans son ensemble » (au paragraphe 118).

[42] Si le décideur administratif ne fait que prétendre s’intéresser au texte, au contexte et à l’objet plutôt que de procéder à une véritable analyse, son interprétation légale pourrait être annulée. Le même sort sera réservé à une analyse rapide qui favorise un résultat précis ou vise une politique générale qui ne fait pas partie de la législation. Dans l’arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a énoncé ce qui suit (aux paragraphes 120 et 121) :

[...] le fond de l’interprétation [d’une disposition législative] par le décideur administratif doit être conforme à son texte, à son contexte et à son objet. En ce sens, les principes habituels d’interprétation législative s’appliquent tout autant lorsqu’un décideur administratif interprète une disposition. Par exemple, lorsque le libellé d’une disposition est « précis et non équivoque », son sens ordinaire joue normalement un rôle plus important dans le processus d’interprétation : *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, par. 10. Lorsque le sens d’une disposition législative est contesté au cours d’une instance administrative, il incombe au décideur de démontrer dans ses motifs qu’il était conscient de ces éléments essentiels.

La tâche du décideur administratif est d’interpréter la disposition contestée d’une manière qui cadre avec le texte, le contexte et l’objet, compte tenu de sa compréhension particulière du régime législatif en cause. Toutefois, le décideur administratif ne peut adopter une interprétation qu’il sait de moindre qualité—mais plausible—simplement parce que cette interprétation paraît possible et opportune. Il incombe au décideur de véritablement s’efforcer de discerner le sens de la disposition et l’intention du législateur, et non d’échafauder une interprétation à partir du résultat souhaité.

(D’autres décisions récentes de la Cour suprême sur le devoir d’éviter d’interpréter les lois de façon expéditive afin d’atteindre un résultat précis sont *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144 et *R. c. Rafilovich*, 2019 CSC 51, et voir également Mark Mancini, « The “Return” of “Textualism” at the

‘Return’ of ‘Textualism’ at the SCC[?]” (9 April 2019), online (blog): *Double Aspect* <<https://doubleaspect.blog/2019/04/09/the-return-of-textualism-at-the-scc/>>).

[43] In *Vavilov* (at paragraph 124), the Supreme Court instructs us that reviewing courts conducting reasonableness review are “not to perform a *de novo* analysis or to determine the ‘correct’ interpretation of a disputed provision” [emphasis in original]; that would be insufficiently deferential correctness review, not reasonableness review. Similarly, the reviewing court should not conduct its own analysis and then measure the administrative interpretation against it. That would be “disguised correctness”. See *Vavilov*, at paragraph 116; in this Court, see, e.g., *Delios*, at paragraph 28; *Heffel*, at paragraph 50; *Schmidt*, at paragraph 39; and *Hillier*, at paragraph 14.

[44] Not every failure to examine a pertinent aspect of text, context or purpose will result in unreasonableness. But if “it is clear that the administrative decision maker may well ... have arrived at a different result” had it considered “a key element of a statutory provision’s text, context or purpose”, its “failure to consider that element would be indefensible, and unreasonable in the circumstances”: *Vavilov*, at paragraph 122. Thus, there are cases where the administrative decision maker’s interpretation is impossible to sustain. Overall, the critical question is “whether the omitted aspect of the analysis causes the reviewing court to lose confidence in the outcome reached by the decision maker”: *Vavilov*, at paragraph 122.

[45] When engaging in reasonableness review, courts are entitled to insist that administrative decision makers explain their reasoning and justify their conclusions on issues of legislative interpretation: *Vavilov*, at paragraphs 109 and 116; see also *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers*, 2019 SCC 67, 441 D.L.R. (4th) 269, at paragraph 29. Insistence on explanation and justification ensures that the administrative decision maker has “meaningfully grapple[d] with

SCC[?] » (9 avril 2019), en ligne : <<https://doubleaspect.blog/2019/04/09/the-return-of-textualism-at-the-scc/>>).

[43] Dans l’arrêt *Vavilov*, au paragraphe 124, la Cour suprême nous enseigne que « la cour qui effectue un contrôle selon la norme de la décision raisonnable ne doit pas procéder à une analyse *de novo* ni déterminer l’interprétation “correcte” d’une disposition contestée » [caractères italiques dans l’original]. Une telle analyse ne serait pas un contrôle du caractère raisonnable et serait plutôt un contrôle selon la norme de la décision correcte ne faisant pas preuve de retenue suffisante. De même, la cour de révision ne doit pas procéder à sa propre analyse et comparer ensuite l’interprétation administrative à celle-ci. Il s’agirait d’un contrôle « déguisé selon la norme de la décision correcte ». Voir *Vavilov*, au paragraphe 116, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Delios*, au paragraphe 28; *Heffel*, au paragraphe 50; *Schmidt*, au paragraphe 39; et *Hillier*, au paragraphe 14.

[44] Le défaut d’examiner un aspect pertinent du texte, du contexte ou de l’objet ne mènera pas nécessairement à une décision déraisonnable. Cependant, « s’il est manifeste que le décideur administratif aurait pu fort bien arriver à un résultat différent s’il avait pris en compte un élément clé du texte, du contexte ou de l’objet d’une disposition législative, le défaut de tenir compte de cet élément pourrait alors être indéfendable et déraisonnable dans les circonstances » : voir *Vavilov*, au paragraphe 122. Ainsi, il existe des cas où l’interprétation du décideur administratif est indéfendable. Dans l’ensemble, « il s’agit principalement de savoir si l’aspect omis de l’analyse amène la cour de révision à perdre confiance dans le résultat auquel est arrivé le décideur » (*Vavilov*, au paragraphe 122.).

[45] Lorsqu’ils procèdent au contrôle du caractère raisonnable, les tribunaux judiciaires sont en droit d’exiger que les décideurs administratifs expliquent leur raisonnement et justifient leurs conclusions sur les questions d’interprétation légale : voir *Vavilov*, aux paragraphes 109 et 116. Voir également *Société canadienne des postes c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes*, 2019 CSC 67, au paragraphe 29. Le fait d’exiger une explication et une justification assure que le décideur

key issues or central arguments raised by the parties” and “was actually alert and sensitive to the matter before it”: *Vavilov*, at paragraph 128; in this Court, pre-*Vavilov*, see *D’Errico v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 95, 459 N.R. 167; *Yantzi v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 193, at paragraph 4 and *Bonnybrook Park Industrial Development Co. Ltd. v. Canada (National Revenue)*, 2018 FCA 136, 44 Admin. L.R. (6th) 71, at paragraphs 87–94. Where reasons read in light of the record “contain a fundamental gap or reveal that the decision is based on an unreasonable chain of analysis”, the court should not “ordinarily ... fashion its own reasons in order to buttress the administrative decision”: *Vavilov*, at paragraph 96.

[46] It is unnecessary to consider the standard of review in much more detail in this case. For the reasons set out below, the decision of the Board cannot stand.

[47] Even under the standard of review of reasonableness, the Board was heavily constrained in what it could acceptably do by:

- the text, context and purpose of subsection 2.4(1.1) and the accepted methodology for considering these elements (see *Vavilov*, at paragraphs 120–121 and pre-*Vavilov* authorities, above);
- case law decided in this area such as *Entertainment Software Association* and *Rogers Communications Inc.* concerning the meaning of a “communication to the public by telecommunication” (*Vavilov*, at paragraphs 111–112 and pre-*Vavilov* authorities, above);
- case law concerning the interrelationship between domestic law and international law and the general primacy of the former over the latter (*Vavilov*, at paragraphs 111–114 and pre-*Vavilov* authorities, above).

administratif se soit attaqué « de façon significative aux questions clés ou aux arguments principaux formulés par les parties » et qu’il fût « effectivement attentif et sensible à la question qui lui était soumise » : voir *Vavilov*, au paragraphe 128, et, à notre Cour, avant l’arrêt *Vavilov*, voir *D’Errico c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 95; *Yantzi c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 193, au paragraphe 4; et *Bonnybrook Industrial Park Development Co. Ltd c. Canada (Revenu national)*, 2018 CAF 136, aux paragraphes 87 à 94. Lorsque, en tenant compte du dossier, les motifs « comportent une lacune fondamentale ou révèlent une analyse déraisonnable, il ne convient habituellement pas que la cour de révision élabore ses propres motifs pour appuyer la décision administrative » : voir *Vavilov*, au paragraphe 96.

[46] Il n’est pas nécessaire d’examiner en plus de détail la norme de contrôle en l’espèce. Pour les motifs énoncés ci-dessous, la décision de la Commission ne peut être fondée.

[47] Même selon la norme de contrôle de la décision raisonnable, la Commission était fortement limitée dans ce qu’elle pouvait faire de manière acceptable par ce qui suit :

- le texte, le contexte et l’objet du paragraphe 2.4(1.1) et la méthode acceptée pour examiner ces éléments (voir *Vavilov*, aux paragraphes 120 et 121, et la jurisprudence antérieure à *Vavilov*, précitée);
- la jurisprudence dans ce domaine, comme *Entertainment Software Association* et *Rogers Communications Inc.*, au sujet du sens de l’expression « communiquer au public, par télécommunication, une œuvre » (voir *Vavilov*, aux paragraphes 111 et 112, et la jurisprudence antérieure à *Vavilov*, précitée);
- la jurisprudence concernant les liens entre le droit national et le droit international et la primauté générale du premier sur le second (voir *Vavilov*, aux paragraphes 111 à 114, et la jurisprudence antérieure à *Vavilov*, précitée).



[48] In its interpretation of subsection 2.4(1.1), the Board offended these constraints and reached an unreasonable decision.

#### B. Analysis

[49] Nowhere did the Board explicitly say that it had a desired result in mind and that it was going to interpret subsection 2.4(1.1) in a manner to get that result. But looking at the reasons as a whole, whether it intended to do so or not, that is exactly what the Board did: it skewed its analysis in favour of one particular result.

[50] Two general features of unacceptability are evident in the Board's reasons:

- (1) *Unacceptable legislative interpretation.* The Board did set out the accepted method of interpreting legislation and the need to look at the text, context and purpose of legislation: at para. 95. But the analysis that follows leaves out important elements, particularly contextual elements such as the Supreme Court's decision in *Entertainment Software Association*. And, along the way, the Board made some leaps of reasoning that cannot be justified. These fundamental defects result in a fatal loss of confidence in the Board's interpretation of subsection 2.4(1.1).
- (2) *Misapprehension of the interrelationship between international law and domestic law.* One element of the legislative purpose and context behind subsection 2.4(1.1), indeed an important element, is Article 8 of the Treaty. But the Board went beyond seeing it as just an element: it developed its own robust view of Article 8, offering nothing in support, and forced subsection 2.4(1.1), a provision in domestic legislation, to fit its view, calling subsection 2.4(1.1) a "deeming provision". In so doing, the Board acted contrary to binding jurisprudence that limits the ways in which international law can influence the interpretation of domestic law.

[48] Lors de son interprétation du paragraphe 2.4(1.1), la Commission a enfreint ces contraintes et est parvenue à une décision déraisonnable.

#### B. Analyse

[49] La Commission ne dit jamais explicitement qu'elle avait un résultat souhaité à l'esprit et qu'elle allait interpréter le paragraphe 2.4(1.1) de manière à obtenir ce résultat. Cependant, en examinant les motifs dans leur ensemble, que ce soit délibéré ou non, c'est exactement ce que la Commission a fait : elle a biaisé son analyse en faveur d'un résultat précis.

[50] Deux indices généraux du caractère inacceptable ressortent des motifs de la Commission :

- 1) *Une interprétation légale inacceptable* — La Commission a exposé la méthode acceptée d'interprétation des lois et la nécessité d'examiner le texte, le contexte et l'objet de la loi, au paragraphe 95. Cependant, l'analyse qui suit omet des éléments importants, notamment des éléments contextuels comme l'arrêt de la Cour suprême *Entertainment Software Association*. Ainsi, en cours de route, la Commission a fait dans son raisonnement des sauts qui ne peuvent être justifiés. Ces défauts fondamentaux entraînent une perte de confiance fatale dans l'interprétation du paragraphe 2.4(1.1) par la Commission.
- 2) *Une mauvaise compréhension des liens entre le droit international et le droit national* — Un élément de l'objet et du contexte du paragraphe 2.4(1.1), voire un élément important, est l'article 8 du Traité. Toutefois, la Commission ne s'est pas contentée de le considérer comme un simple élément : elle a développé sa propre vue d'ensemble de l'article 8, ne l'étayant aucunement, et a imposé au paragraphe 2.4(1.1), une disposition légale nationale, un sens qui correspondait à son point de vue, qualifiant le paragraphe 2.4(1.1) de « disposition déterminative ». Ce faisant, la Commission a contrevenu à la jurisprudence contraignante qui limite les façons dont le droit international peut influencer l'interprétation du droit national.



(1) *Unacceptable legislative interpretation*

[51] In the Board’s view, the act of making a work available to the public is a “communication by telecommunication” that exists apart from any later act of transmission, such as by further communication in the form of a stream or reproduction in the form of a download. This means that two tariffs can be applied: one for the making available to the public and a later one for transmission over the Internet: at paragraph 16. Some of the parties focus their attack on this: memorandum of fact and law of Apple Inc. and Apple Canada Inc. at paragraphs 36 and 89–92; memorandum of fact and law of Pandora Media, Inc., at paragraphs 4, 5, 14 and 24–30.

[52] The Board provided no meaningful reasons to support the idea that subsection 2.4(1.1) operates in this way.

[53] It invoked the preamble to the *Copyright Modernization Act* (at paragraph 98) but in no way does the preamble support the Board’s interpretation. The portion of the preamble invoked by the Board reads as follows:

Whereas the *Copyright Act* is an important marketplace framework law and cultural policy instrument that, through clear, predictable and fair rules, supports creativity and innovation and affects many sectors of the knowledge economy;

Whereas advancements in and convergence of the information and communications technologies that link communities around the world present opportunities and challenges that are global in scope for the creation and use of copyright works or other subject-matter;

Whereas in the current digital era copyright protection is enhanced when countries adopt coordinated approaches, based on internationally recognized norms;

Whereas those norms are reflected in the World Intellectual Property Organization Performances and Phonograms Treaty, adopted in Geneva in 1996;

1) *Une interprétation légale inacceptable*

[51] De l’avis de la Commission, le fait de mettre une œuvre à la disposition du public est une « communication au public par télécommunication » qui existe indépendamment de toute transmission ultérieure, telle qu’une communication ultérieure sous la forme d’une diffusion ou un acte de reproduction sous la forme d’un téléchargement. Cela signifie que deux tarifs s’appliquent, un pour la mise à la disposition du public et un autre pour la transmission ultérieure sur Internet (au paragraphe 16). Certaines parties fondent leur contestation sur cela : voir le mémoire des faits et du droit de Apple Inc. et de Apple Canada Inc., aux paragraphes 36 et 89 à 92, et le mémoire des faits et du droit de Pandora Media Inc., aux paragraphes 4, 5, 14 et 24 à 30.

[52] La Commission n’a fourni aucun motif valable pour affirmer que le paragraphe 2.4(1.1) a cet effet.

[53] Elle a invoqué le préambule de la *Loi sur la modernisation du droit d’auteur* (au paragraphe 98), mais en aucun cas le préambule n’étaye l’interprétation de la Commission. La partie du préambule invoquée par la Commission est la suivante :

Attendu :

que la *Loi sur le droit d’auteur* est une loi-cadre importante du marché et un instrument indispensable de la politique culturelle qui, au moyen de règles claires, prévisibles et équitables, favorise la créativité et l’innovation et touche de nombreux secteurs de l’économie du savoir;

que le développement et la convergence des technologies de l’information et des communications qui relient les collectivités du monde entier présentent des possibilités et des défis qui ont une portée mondiale pour la création et l’utilisation des œuvres ou autres objets du droit d’auteur protégés;

que la protection du droit d’auteur, à l’ère numérique actuelle, est renforcée lorsque les pays adoptent des approches coordonnées, fondées sur des normes reconnues à l’échelle internationale;

que ces normes sont incluses dans le Traité de l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur le droit d’auteur et dans le Traité de l’Organisation

Whereas those norms are not wholly reflected in the *Copyright Act*;

The preamble is at a level of generality that does not support the interpretation reached by the Board. It also suggests that the *Copyright Modernization Act* is aimed at implementing certain norms in international law, but it is vague as to the extent to which it does so. It certainly does not encourage anyone to ignore the specific terms of the Act and just interpret and apply international law wholesale.

[54] Next, the Board looked to government statements surrounding the enactment of the *Copyright Modernization Act*. These are also at a level of generality that does not support the interpretation reached by the Board.

[55] First was the government's statement upon introduction of the legislation: at paragraph 101. It is devoid of any guidance on subsection 2.4(1.1) that would support the Board's interpretation:

The *Copyright Modernization Act* provides copyright industries with a clear framework in which to invest in creative content, reach new markets, engage in new business models and combat infringement in a digital environment. Copyright owners are often artists and creators. The *Copyright Modernization Act* promotes creativity, innovation and culture by introducing new rights and protections for artists and creators. It will help these people protect their work and ensure they are fairly compensated for their efforts

[...]

The WIPO Copyright Treaty and the Performances and Phonograms Treaty, collectively known as the WIPO Internet treaties, establish new rights and protections for authors, performers and producers. Canada signed the treaties in 1997. The proposed Bill will implement the

mondiale de la propriété intellectuelle sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, adoptés à Genève en 1996;

que ces normes ne se trouvent pas toutes dans la *Loi sur le droit d'auteur*.

Le préambule est énoncé de façon si générale qu'il n'étaye pas l'interprétation à laquelle est parvenue la Commission. Le préambule laisse également penser que la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* vise à mettre en œuvre certaines normes du droit international, mais il est vague quant à la mesure dans laquelle la loi le fait. Il n'encourage certainement pas qu'on ne tienne pas compte du libellé précis de la *Loi sur le droit d'auteur* et qu'on ne fasse qu'interpréter et appliquer le droit international dans son intégralité.

[54] La Commission s'est ensuite penchée sur les déclarations du gouvernement lors de l'adoption de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*. Celles-ci sont également si générales qu'elles n'appuient pas l'interprétation à laquelle est parvenue la Commission.

[55] Il y a tout d'abord la déclaration du gouvernement lors de la présentation de la loi, au paragraphe 101. Elle ne dit rien à l'égard du paragraphe 2.4(1.1) qui pourrait étayer l'interprétation de la Commission :

Le projet de loi intitulé *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* donne aux secteurs reposant sur le droit d'auteur un cadre clair pour investir dans le contenu créatif, atteindre de nouveaux marchés, lancer de nouveaux modèles d'affaires et combattre la violation du droit d'auteur dans un environnement numérique. Les titulaires du droit d'auteur sont souvent des artistes et des créateurs. La nouvelle *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* favorise la créativité, l'innovation et la culture en introduisant de nouveaux droits et mesures de protection pour les artistes et les créateurs. Elle aidera ces gens à protéger leurs œuvres et veillera à ce qu'ils reçoivent une rémunération équitable pour leurs efforts.

[...]

Le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* et le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, appelés collectivement *Traité Internet de l'OMPI*, établissent les nouveaux droits et mesures de protection des auteurs, interprètes et producteurs. Le

associated rights and protections to pave the way for a future decision on ratification. All copyright owners will now have a “making available right,” which is an exclusive right to control the release of copyrighted material on the Internet. This will further clarify that the unauthorized sharing of copyrighted material over peer-to-peer networks constitutes an infringement of copyright. [Footnote omitted.]

[56] Far from supporting the Board’s interpretation, that passage would seem to undercut it. It suggests that subsection 2.4(1.1) is a narrow, limited-purpose provision aimed at “clarify[ing] that the unauthorized sharing of copyrighted material over peer-to-peer networks constitutes an infringement of copyright”. But the Board did not address that obstacle in its journey to the result it reached. Instead, it proceeded to another government document, entitled “Balanced Copyright—Glossary”: at paragraph 102.

[57] That document said nothing to support the Board’s interpretation of subsection 2.4(1.1). It explained only that the “making available right” is an “exclusive right of copyright owners to authorize the communication of their work or other related subject-matter in a manner in which the time and place of receiving the communication can be individually chosen by members of the public (e.g., iTunes).”

[58] As far as context is concerned, the Board noted that the concept of “making available” appears elsewhere in the Act, and did not draw any significance from those other instances: at paragraph 106. Indeed, it conceded that “[t]hese provisions do not appear to shed light on the issue”: at paragraph 106.

[59] The Board then turned to the all-important decision of the Supreme Court in *Entertainment Software Association*, noting that “communication by telecommunication” was “fundamentally a performance right, and the term ‘communicate’ did not extend to reproduction-based activities”: at paragraph 109. It then proceeded to set aside *Entertainment Software Association*

Canada a signé ces traités en 1997. Le projet de loi permettra de mettre en œuvre les droits et mesures de protection connexes, afin qu’une future décision soit prise concernant la ratification de ces traités. Tous les titulaires du droit d’auteur auront désormais le « droit de mettre à disposition », à savoir le droit exclusif de contrôler l’affichage d’œuvres protégées par le droit d’auteur sur Internet. Ainsi, il sera plus facile de déterminer si le partage non autorisé des œuvres protégées par le droit d’auteur sur les réseaux de pairs constitue ou non une violation du droit d’auteur. [Note en bas de page omise.]

[56] Plutôt qu’étayer l’interprétation de la Commission, ce passage semble l’infirmier. Il semble indiquer que le paragraphe 2.4(1.1) est une disposition étroite, à objet limité, visant à rendre plus facile de « déterminer si le partage non autorisé des œuvres protégées par le droit d’auteur sur les réseaux de pairs constitue ou non une violation du droit d’auteur ». Mais la Commission ne s’est pas arrêtée à cet obstacle dans son cheminement vers le résultat qu’elle a atteint. Au lieu de cela, elle est passée à un autre document gouvernemental, intitulé « Droit d’auteur équilibré — Glossaire », au paragraphe 102.

[57] Ce document ne dit rien qui étaye l’interprétation de la Commission du paragraphe 2.4(1.1). Il explique seulement que la « mise à disposition » constitue un « [d]roit exclusif pour les titulaires du droit d’auteur d’autoriser la communication au public de leur œuvre ou d’un autre objet protégé de façon à ce que le temps et l’endroit de la réception de la communication puissent être individuellement choisis par les membres du public (p. ex., iTunes) ».

[58] En ce qui concerne le contexte, la Commission a noté que l’expression « mise à la disposition » figure ailleurs dans la loi, et elle n’a pas tiré de conclusion de ce fait, au paragraphe 106. En fait, elle reconnaît que ces « dispositions ne semblent pas faire la lumière sur la question » (au paragraphe 106).

[59] La Commission s’est ensuite penchée sur l’importante décision de la Cour suprême *Entertainment Software Association*. La Cour suprême a affirmé que la « communication par télécommunication » était fondamentalement un droit d’exécution, et que le terme « communiquer » n’englobait pas des activités apparentées à la reproduction (au paragraphe 109). La Commission a

because it predated the Treaty: at paragraph 110. Indeed, from that point on, the Board no longer looked to anything else to do with the text, context or purpose of subsection 2.4(1.1). The Treaty became everything.

[60] And without offering any reasoning in support, the Board asserted its own very expansionist view of what the Treaty did (at paragraph 111):

... The new protection for the act of making a work available by telecommunication was intended to provide rights holders with a basis to hold liable those who make copyrighted works available to the public online even where no evidence of reproduction or actual communication to the public was present.

[61] To bolster its view of the word “communicate” in subsection 2.4(1.1), so that subsection 2.4(1.1) could fit its view of what the Treaty required, the Board looked (at paragraphs 113–114) to the dictionary definition of “communicate” and not the Supreme Court’s jurisprudence, particularly *Entertainment Software Association*. But those definitions, which spoke of the conveying of information, did not neatly fit with the wording of subsection 2.4(1.1). And the Supreme Court in *Entertainment Software Association* specifically rejected this sort of abstract use of dictionary definitions without consideration of the context: at paragraph 31.

[62] This did not stop the Board from reaching its preferred definition. In its view, subsection 2.4(1.1) acted as a deeming provision (at paragraph 115):

Since the making available of a work does not require any actual transmission to take place, the ordinary meaning of the phrase “communicate [...] to the public by telecommunication” cannot bear the meaning ascribed to it by subsection 2.4(1.1) of the Act. The provision therefore has the effect of a deeming clause.

[63] The Board described a deeming clause as “a statutory fiction that imports into a word or expression an additional meaning that it would not otherwise have”:

ensuite écarté l’arrêt *Entertainment Software Association* parce qu’il est antérieur au Traité (au paragraphe 110). En fait, à partir de là, la Commission ne s’est plus intéressée au texte, au contexte ou à l’objet du paragraphe 2.4(1.1). Le Traité a pris toute la place.

[60] Sans offrir de raisonnement à l’appui, la Commission a exposé sa propre vision très expansionniste du Traité (au paragraphe 111) :

[...] La nouvelle protection concernant la mise à disposition d’une œuvre par télécommunication visait à fournir aux titulaires de droits des outils pour poursuivre ceux qui mettent des œuvres à la disposition du public en ligne, même sans preuve de reproduction ou de communication.

[61] Pour étayer son interprétation du verbe « communiquer » au paragraphe 2.4(1.1) afin que ce paragraphe corresponde à son point de vue sur les exigences du Traité, la Commission a examiné (aux paragraphes 113 et 114) la définition que donnent les dictionnaires du verbe « communiquer », et non la jurisprudence de la Cour suprême, plus précisément l’arrêt *Entertainment Software Association*. Cependant, ces définitions, où il est question de la transmission de renseignements, ne correspondent pas convenablement au libellé du paragraphe 2.4(1.1). Par ailleurs, la Cour suprême, dans l’arrêt *Entertainment Software Association*, a expressément rejeté ce genre d’utilisation abstraite des définitions de dictionnaires sans tenir compte du contexte (au paragraphe 31).

[62] Cela n’a pas empêché la Commission de parvenir à la définition qu’elle préférait. À son avis, le paragraphe 2.4(1.1) était une disposition déterminative (au paragraphe 115) :

Étant donné que la mise à disposition d’une œuvre ne requiert pas qu’une transmission ait lieu, le sens ordinaire de l’énoncé « communiquer au public, par télécommunication » ne saurait correspondre au sens que lui donne le paragraphe 2.4(1.1) de la Loi, lequel a donc l’effet d’une disposition déterminative.

[63] La Commission a expliqué qu’une disposition déterminative est « une fiction juridique qui donne à un mot ou à une expression un sens autre que celui qu’on leur

at paragraph 116. In effect, despite the plain meaning of the word “communicate”, the Board made subsection 2.4(1.1) fit its view of what the Treaty required.

[64] The proper methodology was to explain the meaning of “communication to the public by telecommunication” by examining the text, context and purpose of that phrase in a genuine and meaningful way. The Board abandoned that methodology and imposed a meaning derived from its own view of the Treaty, papering over the incongruence by calling subsection 2.4(1.1) a deeming provision.

[65] The Supreme Court’s decision in *Entertainment Software Association* warrants closer examination because on any rational analysis it speaks to the authentic meaning of subsection 2.4(1.1) and constrains the Board. In *Entertainment Software Association*, the Supreme Court considered whether the word “communicate” in paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act* captured downloads of copyrighted works. The Supreme Court concluded that it did not.

[66] The Supreme Court came to that conclusion after a careful examination of the evolution of the ways in which a work could be performed, first in the theatrical sense before a live audience, then by radio communication to a remote audience, and then by communication to the public by telecommunication in cable television and ultimately, the Internet age. It was open to Parliament to depart from the Court’s construction of “communication to the public by telecommunication” but, as with departures from the principle of technological neutrality, clear legislative text would be required: *Entertainment Software Association*, at paragraph 9. The implication for the case at bar is obvious: only clear legislative text in subsection 2.4(1.1) could support the Board’s position. As discussed above, the general statements cited by the Board do not amount to Parliamentary license to ignore this constraint. But that is what the Board’s interpretation did: it broadened communication by telecommunication to include the preparatory steps (making available) for downloads.

reconnaît habituellement » (au paragraphe 116). Malgré le sens normal du mot « communiquer », la Commission a fait en sorte que le paragraphe 2.4(1.1) corresponde à son point de vue sur les exigences du Traité.

[64] La méthode convenable était d’expliquer le sens de l’expression « communication au public par télécommunication » en examinant le texte, le contexte et l’objet de cette expression d’une manière réelle et utile. La Commission a abandonné cette méthode et a imposé un sens tiré de sa propre vision du Traité en cachant l’incohérence en qualifiant le paragraphe 2.4(1.1) de disposition déterminative.

[65] La décision de la Cour suprême *Entertainment Software Association* mérite un examen plus approfondi parce que, selon toute analyse rationnelle, elle renvoie au sens véritable du paragraphe 2.4(1.1) et limite la Commission. Dans l’arrêt *Entertainment Software Association*, la Cour suprême a examiné si le mot « communiquer » à l’alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur* visait les téléchargements d’œuvres protégées par le droit d’auteur. La Cour suprême a conclu que ce n’était pas le cas.

[66] La Cour suprême est parvenue à cette conclusion après avoir examiné attentivement l’évolution des modes d’exécution d’une œuvre, d’abord en présence d’un auditoire sur place, puis par radiodiffusion à un auditoire éloigné, puis par communication au public par télécommunication grâce à la câblodistribution et, enfin, par Internet. Le législateur pouvait s’écarter de l’interprétation faite par la Cour suprême de l’expression « communication au public, par télécommunication », mais, à l’instar d’une dérogation au principe de la neutralité technologique, il faudrait un texte légal clair : voir *Entertainment Software Association*, au paragraphe 9. Les conséquences en l’espèce sont évidentes : il faudrait que le paragraphe 2.4(1.1) ait un libellé clair pour qu’il étaye la thèse de la Commission. Comme nous l’avons vu plus haut, les déclarations générales auxquelles renvoie la Commission ne signifient pas que le législateur l’ait autorisée à ne pas tenir compte de cette contrainte. C’est cependant ce qu’a fait l’interprétation de la Commission : elle a élargi le sens de la communication par télécommunication pour inclure les étapes préparatoires (la mise à la disposition) aux téléchargements.

[67] The Board’s interpretation also runs counter to constraints imposed by previous Supreme Court rulings. The Supreme Court has warned against duplicate layers of regulation and fees that would cause inefficiency and needless costs. In *Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain Inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, at paragraph 31, the Supreme Court ruled that the proper balance between copyright owners and users requires a consideration of regulatory efficiency. It added to this line of thinking in *Entertainment Software Association* when it found that the Act should be interpreted to avoid imposing “an additional layer of protections and fees based solely on the *method of delivery* of the work to the end user”. To do otherwise is to “impose a gratuitous cost for the use of more efficient Internet-based technologies”: at paragraph 9 [emphasis in original].

[68] Overall, the Board’s interpretation of subsection 2.4(1.1) cannot be sustained on any acceptable basis.

(2) *Misapprehension of the interrelationship between international law and domestic law*

[69] The text of subsection 2.4(1.1) refers to “communication to the public by telecommunication”. Under the accepted method of legislative interpretation, this should have been the starting point. But rather than starting there, the Board went elsewhere.

[70] As noted above, the Board took Article 8 of the Treaty, interpreted it, and then made subsection 2.4(1.1) conform with that interpretation. It interpreted Article 8 of the Treaty as intending to provide protection for the act of making a work available by telecommunication even where there was no transmission to the public: at paragraph 111. It assumed without analysis that subsection 2.4(1.1) implemented that particular meaning of Article 8: at paragraph 99. Therefore, subsection 2.4(1.1) protected the act of making a work available by telecommunication even where there was no transmission to the public, such as the posting of works to an internet server to be downloaded by end-users: at paragraph 117.

[67] L’interprétation de la Commission contrevient également aux contraintes imposées par les arrêts antérieurs de la Cour suprême. La Cour suprême a mis en garde contre la duplication des niveaux de règlements et de frais qui seraient source d’inefficacité et de coûts inutiles. Dans l’arrêt *Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, au paragraphe 31, la Cour suprême a conclu qu’un juste équilibre entre les titulaires de droits d’auteur et les utilisateurs exige qu’on tienne compte de l’efficacité réglementaire. Elle a ajouté à cette ligne de pensée dans l’arrêt *Entertainment Software Association* lorsqu’elle a estimé que la loi devait être interprétée « de manière à ne pas créer un palier supplémentaire de protection et d’exigibilité d’une redevance qui soit uniquement fondé sur le *mode de livraison* de l’œuvre à l’utilisateur ». Sinon, on « imposerait en fait un coût injustifié pour l’utilisation de technologies Internet plus efficaces » (au paragraphe 9 [italique dans l’original]).

[68] Dans l’ensemble, l’interprétation du paragraphe 2.4(1.1) par la Commission ne repose sur aucun fondement acceptable.

2) *Une mauvaise compréhension des liens entre le droit international et le droit national*

[69] Les termes du paragraphe 2.4(1.1) sont : « communication au public par télécommunication ». Selon la méthode acceptée d’interprétation des lois, cela aurait dû être le point de départ. Mais plutôt que de partir de là, la Commission s’y est prise autrement.

[70] Comme il est indiqué ci-dessus, la Commission a pris l’article 8 du Traité, l’a interprété, puis a rendu le paragraphe 2.4(1.1) conforme à cette interprétation. Elle a interprété l’article 8 du Traité comme visant à protéger la mise à la disposition d’une œuvre par télécommunication, même en l’absence de transmission au public (au paragraphe 111). Elle a supposé, sans analyse, que le paragraphe 2.4(1.1) mettait en œuvre ce sens précis de l’article 8 (au paragraphe 99). Par conséquent, le paragraphe 2.4(1.1) protégeait le fait de rendre une œuvre accessible par télécommunication même en l’absence de transmission au public, comme la mise d’œuvres sur un serveur Internet en vue de leur téléchargement par les utilisateurs (au paragraphe 117).



[71] As we have seen, the Board justified this result, without any supporting analysis, by asserting that subsection 2.4(1.1) acted as a deeming provision. In effect, the Board made subsection 2.4(1.1) fit its view of the Treaty to the extent of making the *Copyright Act* mean something other than what it says. It is as if the Board considered the Treaty—in particular its view of what the Treaty means—to be the superior law that governs domestically in Canada and made the domestic statute passed by Parliament fit with that meaning.

[72] The respondents defend this approach, urging that we apply the Supreme Court’s decision in *Office of the Children’s Lawyer v. Balev*, 2018 SCC 16, [2018] 1 S.C.R. 398 [*Balev*]. They submit that, for all practical purposes, *Balev* makes the Treaty binding in Canadian law. Thus, they submit, the Board’s methodology—interpreting Article 8 of the Treaty and then assuming that subsection 2.4(1.1) implemented that interpretation wholesale—was sound.

[73] *Balev* says no such thing. In *Balev*, the Supreme Court considered provincial legislation that adopted and incorporated, explicitly, wholesale and without modification, the *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* [The Hague, October 25, 1980, [1983] Can. T.S. No. 35 (Convention)]. Thus, in that case, the statutory interpretation exercise required the Court to interpret the Convention itself. That is different from the case at bar where subsection 2.4(1.1) does not explicitly adopt or incorporate Article 8 of the Treaty wholesale and without modification.

[74] Just because Canadian domestic legislation is enacted against the backdrop of a treaty that Canada has signed and just because the preamble to legislation, as here, suggests that it is aimed at implementing a treaty, it cannot be assumed that Parliament has adopted the treaty wholesale, no more and no less. Parliament, in fact, may have whittled down the provisions of the treaty or may have extended them. Indeed, it may have done something completely different.

[71] Comme nous l’avons vu, la Commission a justifié ce résultat, sans aucune analyse à l’appui, en affirmant que le paragraphe 2.4(1.1) était une disposition déterminative. La Commission a fait en sorte que le paragraphe 2.4(1.1) corresponde à son point de vue sur le Traité au point de faire en sorte que la *Loi sur le droit d’auteur* signifie autre chose que ce qu’elle énonce. C’est comme si la Commission avait considéré le Traité — plus précisément son avis sur ce que signifie le Traité — comme étant le droit supérieur qui régit le droit national au Canada et comme si la Commission avait fait en sorte que la loi interne adoptée par le législateur corresponde à ce sens.

[72] Les défendeurs défendent cette approche et nous demandent d’appliquer la décision de la Cour suprême dans l’arrêt *Bureau de l’avocat des enfants c. Balev*, 2018 CSC 16, [2018] 1 R.C.S. 398 [*Balev*]. Ils affirment que, dans les faits, l’arrêt *Balev* rend le Traité en cause dans cette affaire contraignant en droit canadien. Ainsi, selon eux, la méthode de la Commission, soit interpréter l’article 8 du Traité et supposer ensuite que le paragraphe 2.4(1.1) a mis en œuvre cette interprétation dans son intégralité, était bonne.

[73] Ce n’est pas ce que dit l’arrêt *Balev*. Dans cet arrêt, la Cour suprême a examiné la loi provinciale qui a adopté et intégré, explicitement, intégralement et sans modification, la *Convention sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants* [La Haye, 25 octobre 1980, [1983] R.T. Can. n° 35 (la Convention)]. Ainsi, dans cette affaire, la Cour suprême devait interpréter la Convention elle-même. Cela est différent de l’espèce, où le paragraphe 2.4(1.1) n’adopte ou n’intègre pas explicitement l’article 8 du Traité intégralement et sans modification.

[74] Ce n’est pas parce que la législation nationale canadienne est adoptée alors que le Canada a signé un traité et que le préambule de la loi, comme ici, indique qu’elle vise à mettre en œuvre un traité qu’on peut supposer que le législateur a en fait adopté le traité intégralement. En fait, le législateur peut avoir restreint les dispositions du traité ou les avoir étendues. Il peut même avoir fait quelque chose complètement différent.

[75] The Board’s decision and many of the submissions supporting it suffer from a misunderstanding of the relationship between Canadian domestic law and international law.

- (a) The proper interrelationship between international law and domestic law

[76] When developing a legal argument, some members of the legal academy, the Bar, administrative decision makers and the judiciary invoke international law—or sometimes just the vibe of it—because they see it as always relevant, persuasive and binding. Others see it as a make-weight, hoping to sway the impressionable with its grand provenance and sometimes broad acceptance. Still others see it as a supply of preferred values and ideological standards, handy ammunition to fire in support of a cause. In a courtroom ruled by doctrine, these are misuses of international law.

[77] Too often these days, we see these misuses. International law enters legal debates before courts and administrative decision-makers only in specific, defined ways that are consistent with settled doctrine and our constitutional framework: *Gitxaala Nation v. Canada*, 2015 FCA 73 [*Gitxaala Nation (2015)*].

[78] It is true that some treaties and conventions have been signed by many, some of them most significant. And it is true that prohibitive rules of customary international law do form part of our common law: see *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292 [*Hape*], at paragraph 39; and *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5, 443 D.L.R. (4th) 183 [*Nevsun*]. But domestic law—such as a statute, regulation or order in council—that says something different always prevails. For this reason, when domestic law and international law both potentially bear upon a legal problem, one must always start by discerning the authentic meaning of the domestic law.

[79] Let us not forget why domestic law prevails. In the territory of Canada, the Constitution of Canada is supreme: *Constitution Act, 1982*, section 52. Under

[75] La décision de la Commission et de nombreuses observations à l’appui de celle-ci démontrent une mauvaise compréhension des liens entre le droit national canadien et le droit international.

- a) Les liens justes entre le droit international et le droit national

[76] Lorsqu’ils préparent un argument juridique, certains professeurs de droit, avocats, décideurs administratifs et juges invoquent le droit international — ou parfois simplement l’impression qu’il donne — parce qu’ils le considèrent comme toujours pertinent, convaincant et contraignant. D’autres le considèrent comme un argument supplémentaire et espèrent convaincre ceux qui se laissent facilement influencer par sa provenance prestigieuse et parfois par sa large acceptation. D’autres encore y voient une source de valeurs à privilégier et de normes idéologiques, des munitions pratiques à l’appui d’une cause. Devant une Cour régit par les règles de droit, il s’agit là d’un abus du droit international.

[77] Nous constatons ces abus trop souvent de nos jours. Le droit international n’entre dans les débats judiciaires et administratifs que de manière précise et conforme aux règles de droit établies et à notre cadre constitutionnel : voir *Nation Gitxaala c. Canada*, 2015 CAF 73 [*Nation Gitxaala (2015)*].

[78] Il est vrai que certains traités et conventions ont été signés par nombre de pays, dont certains très importants. Il est également vrai que les règles prohibitives du droit international coutumier font partie de notre common law : voir *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292 [*Hape*], au paragraphe 39; et *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, 2020 CSC 5 [*Nevsun*]. Mais le droit national — comme une loi, un règlement ou un décret — qui énonce autre chose prévaut toujours. C’est pourquoi lorsque le droit national et le droit international sont tous deux susceptibles d’être pertinents à un problème juridique, il faut toujours commencer par discerner le sens véritable du droit national.

[79] N’oublions pas pourquoi le droit national prévaut. Sur le territoire du Canada, la Constitution du Canada est la loi suprême : voir la *Loi constitutionnelle de 1982*,

that Constitution, elected representatives in the federal Parliament and the provincial legislatures have the exclusive right to make laws: sections 91–95 of the *Constitution Act, 1867*; *Canada (Attorney General) v. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc.*, 2020 FCA 63, [2020] 3 F.C.R. 231, at paragraph 31; *Williams*, at paragraph 49; *Ishaq v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FCA 151, [2016] 1 F.C.R. 686, at paragraph 26. Under our Constitution, the power to make laws is not vested in anyone else and certainly not the unelected functionaries abroad who draft and settle upon international instruments. Unless legislative power has been properly delegated to the executive, even it does not have the power to make laws: *Williams*, at paragraph 49; *R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5, [2017] 2 W.L.R. 583, at paragraphs 40–46. Aside from the exceptional power to make laws under the Crown prerogative, a power explicitly preserved by section 9 of the *Constitution Act, 1867*, we are subject only to legislation passed by those we elect and anyone exercising legislative powers validly delegated to them (see, e.g., *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117). To be sovereign and autonomous within our territory and to live in a democratic state is to be ruled by laws made by the people we elect.

[80] For this fundamental reason, international instruments cannot become Canadian law without domestic legislative action. Put another way, international instruments are not self-executing in Canadian domestic law. They must be incorporated into Canadian domestic law by legislation that adopts the international instrument in whole or in part or enacts standards borrowed from or related to that instrument: *Capital Cities Comm. v. C.R.T.C.*, [1978] 2 S.C.R. 141, (1977), 81 D.L.R. (3d) 609, at pages 171–172 S.C.R.; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193 [*Baker*]; and many others. If Parliament decides not to adopt a particular international instrument, that instrument does not become binding domestic law: *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, (1998), 166 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 137. Those who want it to be

article 52. Aux termes de la Constitution, les représentants élus au Parlement fédéral et aux législatures provinciales ont le pouvoir exclusif de faire des lois : voir les articles 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; *Canada (Procureur général) c. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc.*, 2020 CAF 63, [2020] 3 R.C.F. 231, au paragraphe 31; *Williams*, au paragraphe 49; et *Ishaq c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CAF 151, [2016] 1 R.C.F. 686, au paragraphe 26. En application de notre Constitution, personne d'autre n'a le pouvoir d'établir des lois, et certainement pas les fonctionnaires non élus à l'étranger qui rédigent et règlent les instruments internationaux. À moins que le législateur n'ait fait de délégation valable au pouvoir exécutif, même celui-ci n'a pas le pouvoir de faire des lois : *Williams*, au paragraphe 49; *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5, [2018] A.C. 61, aux paragraphes 40 à 46. Sauf pour le pouvoir exceptionnel de faire des lois en vertu de la prérogative de la Couronne, un pouvoir que prévoit explicitement l'article 9 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, nous ne sommes soumis qu'aux lois adoptées par ceux que nous élisons et par ceux qui exercent des pouvoirs législatifs qui leur ont été valablement délégués : voir, p. ex., *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117. Être souverain et autonome sur notre territoire et vivre dans un État démocratique, c'est être régi par des lois adoptées par les personnes que nous élisons.

[80] Pour cette raison fondamentale, les instruments internationaux ne peuvent pas devenir des lois canadiennes sans un acte législatif national. Autrement dit, les instruments internationaux ne sont pas automatiquement exécutoires dans le droit national canadien. Ils doivent être intégrés au droit national canadien par une loi qui adopte l'instrument international en tout ou en partie ou qui établit des normes empruntées à l'instrument ou liées à celui-ci : voir *Capital Cities Comm. c. C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 141, aux pages 171 et 172; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, et bien d'autres décisions. Si le législateur décide de ne pas adopter un instrument international précis, cet instrument ne devient pas une loi nationale contraignante : voir *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, au paragraphe 137.

binding law have only one recourse: they must persuade some politicians to make it so.

[81] Sometimes international instruments prompt legislation or influence its terms in whole or in part. Thus, international instruments can play an important role in legislative interpretation, legitimately entering into the analysis of the text, context and purpose of legislation. But this is no result-oriented free-for-all where anything goes: they enter the analysis, but only in specific ways for specific purposes.

[82] Sometimes the text of a legislative provision explicitly adopts the international instrument wholesale. In such a case, there is no doubt and so the task of legislative interpretation boils down to interpreting the international instrument. *Balev* is that sort of case.

[83] Sometimes the text of a legislative provision is ambiguous but international law may have influenced its purpose or context. In such a case, the relevant international instrument should be examined as part of the overall task of discerning the authentic meaning of the legislation. In this context, ambiguity means that the provision is “reasonably capable of more than one meaning”, has “two or more plausible readings, each equally in accordance with the intentions of the statute” or “the words are ambiguous enough to induce two people to spend good money in backing two opposing views as to their meaning”: *Bell ExpressVu*, at paragraphs 29–30; *Westminster Bank Ltd. v. Zang*, [1966] A.C. 182 (H.L.), at page 222; *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743, (1999), 171 D.L.R. (4th) 733, at paragraph 14; John Willis, “Statute Interpretation in a Nutshell” (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1, at pages 4–5.

[84] Sometimes the text of a provision seems clear but there is international law surrounding the subject-matter of the provision. In such a case, one should still examine the international law to see whether there are latent ambiguities in the legislative text to be resolved and, if so, to use it alongside other elements of context and purpose

Ceux qui veulent qu’il soit une loi contraignante n’ont qu’un seul recours : ils doivent persuader certains politiciens de le faire.

[81] Parfois, les instruments internationaux mènent à une loi ou en influencent les termes en totalité ou en partie. Ainsi, les instruments internationaux peuvent jouer un rôle important dans l’interprétation des lois, en faisant légitimement partie de l’analyse du texte, du contexte et de l’objet de la loi. Mais il ne s’agit pas d’une mêlée générale axée sur les résultats : ils entrent dans l’analyse, mais uniquement de manière précise et dans un but précis.

[82] Parfois, le texte d’une loi adopte explicitement l’instrument international intégralement. Dans un tel cas, il n’y a aucun doute, et la tâche d’interprétation se résume donc à l’interprétation de l’instrument international. Il en est ainsi dans l’arrêt *Balev*.

[83] Parfois, le texte d’une loi est ambigu, mais le droit international peut avoir influencé son objet ou son contexte. Dans un tel cas, il convient d’examiner l’instrument international pertinent lors de la détermination du sens véritable de la loi. Dans ce contexte, une ambiguïté signifie que la disposition est « raisonnablement susceptible de donner lieu à plus d’une interprétation », qu’elle a « deux ou plusieurs interprétations plausibles, qui s’harmonisent chacune également avec l’intention du législateur », ou que « le texte est suffisamment ambigu pour inciter deux personnes à dépenser des sommes considérables pour faire valoir deux interprétations divergentes » : voir *Bell ExpressVu*, aux paragraphes 29 et 30; *Westminster Bank Ltd. v. Zang*, [1966] A.C. 182 (H.L. (Eng.)), à la page 222; *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743, au paragraphe 14; et John Willis, « Statute Interpretation in a Nutshell » (1938), 16 *Rev. B. can.* 1, aux pages 4 et 5.

[84] Parfois, le texte d’une disposition semble clair, mais l’objet de la disposition est visé par le droit international. Dans un tel cas, il faut néanmoins examiner le droit international pour voir s’il existe des ambiguïtés latentes à résoudre dans le texte légal et, dans l’affirmative, l’utiliser avec les autres éléments du contexte

to resolve the latent ambiguity: *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; *Baker; Canada v. Seaboard Lumber Sales Co.*, [1995] 3 F.C. 113, (1995), 184 N.R. 364 (C.A.); *Pembina County Water Resource District v. Manitoba (Government)*, 2017 FCA 92, 409 D.L.R. (4th) 719. This is nothing more than a particular application of the general rule that even where the legislative text is clear, the context and purpose of the legislation nevertheless must be examined in order to see whether there are latent ambiguities that must be resolved: *ATCO Gas & Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at paragraph 48; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141, at paragraph 10; see also *CIBC World Markets Inc. v. Canada*, 2019 FCA 147, [2019] G.S.T.C. 36, at paragraph 27; and *Hillier*, at paragraph 24.

[85] If, after interpreting the domestic legislation in this way, the Court concludes that the legislation is clear and has no patent or latent ambiguities, the Court must give it its authentic meaning and apply it. This must be done even if it conflicts with international law: *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281, at paragraph 35; *Hape*, at paragraph 54; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269, at paragraph 50; *Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 34, [2020] 1 F.C.R. 700, 69 Imm. L.R. (4th) 297; *Gitxaala Nation (2015)*, at paragraph 16. Given our constitutional arrangements, international law cannot be used to displace or amend the authentic meaning of domestic legislation.

[86] The consideration of international law in legislative interpretation, like legislative interpretation itself, must be done in a neutral, non-results-oriented, non-tendentious way: *Williams*, at paragraphs 46 and 48; *Hillier*, at paragraph 26; *Sharif*, at paragraph 51.

[87] The foregoing principles apply to administrative decision makers as well as courts. Like courts, administrative decision-makers must interpret legislation by examining its text, context and purpose: *Vavilov*, at paragraphs 120–121. As discussed above, under that method, international law enters into the analysis only in certain ways.

et de l'objet pour résoudre l'ambiguïté latente : voir *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Baker; Canada c. Seaboard Lumber Sales Co.*, [1995] 3 C.F. 113 (C.A.); et *Pembina County Water Resource District c. Manitoba (Gouvernement)*, 2017 CAF 92. Il ne s'agit là que d'une application particulière de la règle générale qui veut que même lorsque le texte de la loi est clair, il faut néanmoins examiner le contexte et l'objet de la loi afin de voir s'il existe des ambiguïtés latentes à résoudre : voir *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, au paragraphe 48; et *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141, au paragraphe 10; et voir également *CIBC World Markets Inc. c. Canada*, 2019 CAF 147, au paragraphe 27; et *Hillier*, au paragraphe 24.

[85] Si, après avoir ainsi interprété la loi nationale, la Cour conclut que la loi est claire et ne présente aucune ambiguïté patente ou latente, la Cour doit lui donner son sens véritable et l'appliquer. Cela doit être fait même en cas de conflit avec le droit international : voir *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281, au paragraphe 35; *Hape*, au paragraphe 54; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269, au paragraphe 50; *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 700 et *Nation Gitxaala (2015)*, au paragraphe 16. En raison de notre régime constitutionnel, le droit international ne peut servir à écarter ou modifier le sens véritable de la loi nationale.

[86] La prise en compte du droit international dans l'interprétation légale, comme l'interprétation légale elle-même, doit être neutre, sans être axée sur le résultat et sans être tendancieuse : voir *Williams*, aux paragraphes 46 et 48; *Hillier*, au paragraphe 26; et *Sharif*, au paragraphe 51.

[87] Ces principes s'appliquent aux décideurs administratifs ainsi qu'aux tribunaux judiciaires. Comme les tribunaux judiciaires, les décideurs administratifs doivent interpréter les lois en examinant leur texte, leur contexte et leur objet : voir *Vavilov*, aux paragraphes 120 et 121. Comme nous l'avons vu plus haut, en utilisant



[88] But administrative decision makers, such as the Board, are different from courts in that they have no inherent or plenary jurisdiction. They have only the powers granted to them explicitly or implicitly by legislation and they must apply only the explicit and implicit standards contained in the legislation that binds them: *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, (1989), 62 D.L.R. (4th) 577; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513, at paragraph 16; *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394, (1992), 92 D.L.R. (4th) 609. Those standards may incorporate international law or allow, even implicitly, international law to be taken into account. As well, unless modified by, inconsistent with or precluded by legislation, rules of customary international law form part of Canadian common law and can be considered by administrative decision-makers in the exercise of their discretion: *Vavilov*, at paragraph 114; *Baker*; *Hape*, at paragraph 39; *Nevsun*.

[89] In defence of the Board's decision, some of the respondents have urged upon us the presumption that domestic legislation conforms with international law. It is true that certain cases speak of a "presumption of conformity": see, e.g., *Vavilov*, at paragraph 182; *Hape*; *GreCon Dimter Inc. v. J. R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401, at paragraphs 39ff.; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176. But the word "presumption" can lead some dangerously off track.

[90] Domestic legislation is presumed to conform with a relevant treaty, just as benefits legislation is presumed to be ameliorative and all legislation should be given a large and liberal interpretation, but the focus, as always, must be on what the legislator actually did in its legislation: *Hillier*, at paragraphs 37–38. As always, that requires a rigorous, dispassionate and objective search for the authentic meaning of the legislation by analyzing its text, context and purpose.

cette méthode, le droit international n'entre dans l'analyse que de certaines manières précises.

[88] Cependant, les décideurs administratifs comme la Commission sont différents des tribunaux judiciaires puisqu'ils n'ont pas de compétence inhérente ou plénière. Ils ne disposent que des pouvoirs que la loi leur confère explicitement ou implicitement et ils ne doivent appliquer que les normes explicites et implicites prévues par la loi qui les lie : voir *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513, au paragraphe 16; et *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394. Ces normes peuvent intégrer le droit international ou permettre, même implicitement, la prise en compte du droit international. De plus, les règles du droit international coutumier font partie de la common law canadienne, sauf si les lois canadiennes les modifient ou en interdisent l'application ou si les lois canadiennes sont incompatibles avec elles, et les décideurs administratifs peuvent tenir compte de ces règles dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire : voir *Vavilov*, au paragraphe 114; *Baker*; *Hape*, au paragraphe 39; et *Nevsun*.

[89] Pour défendre la décision de la Commission, certains des défendeurs ont fait valoir qu'il faut présumer que la législation nationale est conforme au droit international. Il est vrai qu'une certaine jurisprudence fait état d'une « présomption de conformité » : voir, p. ex., *Vavilov*, au paragraphe 182; *Hape*; *GreCon Dimter Inc. c. J. R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401, au paragraphe 39 et suivants; et *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176. Mais le mot « présomption » peut induire dangereusement en erreur.

[90] Les lois nationales sont présumées conformes à un traité pertinent, tout comme les lois accordant des bénéfices sont présumées avoir un objet d'amélioration et comme les lois sont présumées s'interpréter de façon équitable et large, mais l'accent, comme toujours, doit être mis sur ce que le législateur a réellement fait dans la loi : voir *Hillier*, aux paragraphes 37 et 38. Comme toujours, cela exige une recherche rigoureuse, impartiale



[91] Properly seen, the presumption requires the Court and administrative decision makers to take into account any relevant international law as part of the context surrounding the enactment of legislation, as explained above, unless the legislation is clear to the contrary: *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704. But the presumption does not permit those interpreting domestic legislation to leap to the conclusion, without analysis, that its authentic meaning is the same as some international law. Nor does it permit them to twist or amend the authentic meaning of domestic law to make it accord with international law. These would be steps too far: something forbidden under our constitutional arrangements and fundamental orderings.

[92] Seen in this way, the presence of international law is not an invitation for us to depart from the normal, accepted method of interpreting legislation; rather, in certain, defined circumstances, international law is appropriately considered as part of that method.

(b) What the Board did in this case

[93] In this case, in essence, the Board went to Article 8 of the Treaty, asserted its view of that article's meaning without any supporting reasoning, and then made subsection 2.4(1.1) conform to its view. This is not a legally acceptable methodology. This is a misuse of international law. The Board exalted international law over domestic law. In so doing, it violated the constraints imposed by binding case law and fundamental principle.

[94] Overall, for the foregoing reasons, there is no basis for the Board's interpretation of subsection 2.4(1.1). It cannot stand.

et objective du sens véritable de la loi en analysant son texte, son contexte et son objet.

[91] En fait, la présomption exige que la Cour et les décideurs administratifs tiennent compte du droit international pertinent comme élément du contexte de l'adoption de la loi, comme il est expliqué ci-dessus, à moins que la loi n'indique clairement le contraire : voir *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704. Mais la présomption ne permet pas à ceux qui interprètent la loi nationale de conclure hâtivement, sans analyse, que son sens véritable est le même que celui d'un quelconque élément du droit international. Elle ne leur permet pas non plus de déformer ou de modifier le sens véritable de la loi nationale pour la rendre conforme au droit international. Ce serait aller trop loin; notre régime constitutionnel et nos dispositions fondamentales l'interdisent.

[92] Vu de cette façon, la présence du droit international ne nous invite pas à nous écarter de la méthode normale et acceptée d'interprétation des lois; plutôt, dans certaines circonstances bien définies, le droit international est considéré à juste titre comme faisant partie de cette méthode.

b) La démarche de la Commission en l'espèce

[93] En l'espèce, en fait, la Commission s'est penchée sur l'article 8 du Traité, a fait valoir son point de vue sur le sens de cet article sans aucune justification, puis a rendu le paragraphe 2.4(1.1) conforme à son point de vue. Ce n'est pas une méthode juridique acceptable. Il s'agit d'un mauvais usage du droit international. La Commission a accordé un statut supérieur au droit international par rapport au droit national. Ce faisant, elle a contrevenu aux règles imposées par la jurisprudence contraignante et les principes fondamentaux.

[94] Dans l'ensemble, pour les motifs qui précèdent, l'interprétation du paragraphe 2.4(1.1) par la Commission n'est pas fondée. Elle ne peut pas être confirmée.

(3) *Where does this leave subsection 2.4(1.1)?*

[95] While the applicants and the respondents supporting them have argued that the Board's decision is wrong and have sought declarations to that effect, they have not put forward a comprehensive view of the authentic meaning of subsection 2.4(1.1). For that reason, this Court should not attempt to offer comprehensive guidance.

[96] On the submissions made, this much can be said. Subsection 2.4(1.1) does not create a new exclusive right. The Board used a "deeming provision" to create a right which, simultaneously, was and was not part of the communication right. When the deeming provision is set aside, all that is left is what the Board itself described (at paragraph 117) as a "preparatory act". This is consistent with Parliament's use of the word "includes" in subsection 2.4(1.1). It would be contrary to the policy of the Act to establish a tariff on a preparatory step as this would constitute disaggregating rights for the purpose of adding an additional layer of royalties: *C.B.C.*, at paragraph 63; *Entertainment Software Association*, at paragraph 9.

[97] If there is no new exclusive right, there is no basis for the Board's conclusion that a stream does not merge with the making-available which preceded it so as to justify payment of two separate fees. Since there is only one right at stake, the only issue is whether the right has been triggered, and the only fees payable are those payable for the exercise of the right.

(4) *Remedy*

[98] After a reviewing court has determined that a statutory interpretation reached by the administrative decision maker cannot be sustained, the reviewing court must consider the issue of remedy.

[99] The usual remedy is to quash the administrative decision and send it back for re-decision because the legislature has made the administrator, not

3) *Qu'en est-il alors du paragraphe 2.4(1.1)?*

[95] Bien que les demanderesse, et les défendeurs qui les soutiennent, aient fait valoir que la décision de la Commission est erronée et qu'ils aient demandé des déclarations à cet égard, ils n'ont pas présenté de vision d'ensemble du sens véritable du paragraphe 2.4(1.1). C'est pourquoi notre Cour ne devrait pas tenter de fournir une orientation complète.

[96] On peut dire ce qui suit en tenant compte des observations présentées. Le paragraphe 2.4(1.1) ne crée pas un nouveau droit exclusif. La Commission a utilisé une « disposition déterminative » pour créer un droit qui, simultanément, faisait et ne faisait pas partie du droit de communication. Lorsque la disposition déterminative est mise de côté, il ne reste plus que ce que la Commission elle-même a décrit (au paragraphe 117) comme un « acte préparatoire ». Ceci est conforme à l'utilisation par le législateur des mots « constitue notamment » au paragraphe 2.4(1.1). Il serait contraire au régime de la loi d'établir un tarif pour un acte préparatoire, car cela serait une division des droits dans le but d'ajouter une couche supplémentaire de redevances : voir *Radio-Canada*, au paragraphe 63; et *Entertainment Software Association*, au paragraphe 9.

[97] S'il n'y a pas de nouveau droit exclusif, rien ne permet à la Commission de conclure qu'une diffusion ne fait pas partie de la mise à la disposition qui l'a précédée, de sorte qu'il convient d'exiger deux redevances distinctes. Comme il n'y a qu'un seul droit en jeu, la seule question est de savoir si le droit a été déclenché, et les seules redevances à payer sont celles exigibles pour l'exercice du droit.

4) *Les mesures de redressement*

[98] Après qu'une cour de révision a jugé que l'interprétation de la loi par le décideur administratif ne peut être maintenue, elle doit examiner la question des mesures de redressement.

[99] Le redressement habituel est d'annuler la décision administrative et de la renvoyer pour nouvelle décision parce que le législateur a fait du décideur administratif,

the reviewing court, the merits-decider: *Vavilov*, at paragraphs 140–141. But that is not always the case. Remedies are discretionary: *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, (1994), 111 D.L.R. (4th) 1 (the discretion to grant or not grant remedies in procedural cases); *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6 (the discretion to grant or not grant remedies for substantive defects).

[100] On occasion, the usual remedy has not been granted because no purpose would be served by sending the matter back to the administrative decision maker for re-decision: see, e.g., *Renaud v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 S.C.R. 855, (1999), 184 D.L.R. (4th) 441; *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710, [2012] 1 F.C.R. D-2; *Robbins v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 24; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Canada (Food Inspection Agency)*, 2017 FCA 45, 411 D.L.R. (4th) 175; *Sharif*, at paragraphs 53–54. This discretion must be carefully exercised bearing in mind that the administrative decision maker, not the reviewing court, is the merits-decider: *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326, (1991), 78 D.L.R. (4th) 175, at page 361 S.C.R.; *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297, at paragraphs 16–19.

[101] The Supreme Court has now reaffirmed the validity of the remedial jurisprudence mentioned above: *Vavilov*, at paragraphs 139–142.

[102] In this case, it is clear that no purpose would be served by sending the matter back to the administrator for re-decision. In its related decision dated August 25, 2017 (CB-CDA 2017-086), the Board found that insufficient evidence had been adduced for it to reach a conclusion about what the tariff should be in this case for the “making available” activity. This Court has now upheld the related decision: 2020 FCA 101. Sending subsection 2.4(1.1) back to the Board for reinterpretation would

et non de la cour qui effectue le contrôle, le décideur du fond : voir *Vavilov*, aux paragraphes 140 et 141. Cependant, ce n’est pas toujours le cas. Les mesures de redressement sont discrétionnaires : voir *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202 (qui porte sur le pouvoir discrétionnaire d’accorder ou non des mesures de redressement dans les affaires procédurales), et *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6 (qui porte sur le pouvoir discrétionnaire d’accorder ou non des mesures de redressement pour des vices de fond).

[100] Parfois, la Cour n’accorde pas le redressement habituel parce qu’il ne servirait à rien de renvoyer l’affaire au décideur administratif pour une nouvelle décision : voir, p. ex., *Renaud c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 R.C.S. 855; *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299, [2012] 1 R.C.F. F-3; *Robbins c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 24; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Canada (Agence d’inspection des aliments)*, 2017 CAF 45; et *Sharif*, aux paragraphes 53 et 54. Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé avec soin, en gardant à l’esprit que c’est le décideur administratif, et non le tribunal qui effectue le contrôle, qui est le décideur du fond : voir *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326, à la page 361; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22, aux paragraphes 16 à 19.

[101] La Cour suprême a depuis confirmé la validité de la jurisprudence sur les réparations susmentionnée : voir *Vavilov*, aux paragraphes 139 à 142.

[102] En l’espèce, il est clair qu’il ne servirait à rien de renvoyer l’affaire au décideur administratif pour une nouvelle décision. Dans sa décision connexe du 25 août 2017 (CB-CDA 2017-086), la Commission a estimé que les éléments de preuve présentés étaient insuffisants pour lui permettre de tirer une conclusion sur ce que devrait être le tarif dans ce cas pour le fait de « mettre à la disposition ». Notre Cour a maintenant confirmé la décision connexe : 2020 CAF 101. Renvoyer

not change the result on the merits—no tariff would be set for the “making-available” activity.

[103] The applicants request declarations as to the proper interpretation of subsection 2.4(1.1). They do not offer any reasons in support of their request. So we do not know why they desire declarations here.

[104] In the experience of this Court, many parties seek declarations only to highlight their remedy, somehow transforming it, so-to-speak, from a remedy typed in lower case to a remedy typed in upper-case. But that is not the role of declarations: they are not the equivalent of the caps-lock key on a keyboard, to be pushed whenever one wishes to shout out one’s point.

[105] Declarations, potentially available under paragraph 18(1)(a) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, are extraordinary remedies, granted only when necessary and of practical utility: *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332. They are available to condemn, in a way that binds all, specific public acts, decisions or legislative provisions as being contrary to law. They are also available to delineate, in a concrete way that binds all, the legal rights, the legal state of affairs or the legal status of parties before the Court when the delineation will have some practical use: William Wade & Christopher Forsyth, *Administrative Law*, 11th ed. (New York: Oxford University Press, 2014), at pages 483–491. The key concept underlying the availability of declarations is practical utility: *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99.

[106] Turning to this case, declarations are not awarded just to take reasons for judgment setting aside an improper interpretation of a legislative provision—which are already binding on other parties, the Board and courts—and boost them to a different level for no practical reason. When reasons for judgment suffice, the added remedy of a declaration is of no practical use and will

le paragraphe 2.4(1.1) à la Commission pour nouvelle interprétation ne changerait pas le résultat sur le fond; aucun tarif ne serait fixé pour le fait de « mettre à la disposition ».

[103] Les demandresses sollicitent des déclarations quant à l’interprétation juste du paragraphe 2.4(1.1). Elles ne donnent aucun motif à l’appui de leur demande. Nous ne savons donc pas pourquoi elles souhaitent des déclarations en l’espèce.

[104] Selon l’expérience de la Cour, de nombreuses parties ne demandent des déclarations que pour mettre en évidence leur redressement, pour le transformer, pour ainsi dire, de redressement en minuscules en redressement en majuscules. Cependant, ce n’est pas le rôle des déclarations; elles ne sont pas comme la touche « Verr. Maj. » sur un clavier, qu’on taperait pour crier.

[105] Les déclarations, qu’on peut accorder en application de l’alinéa 18(1)a) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, constituent des recours extraordinaires qu’on n’accorde uniquement lorsque cela est nécessaire et utile : voir *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332. On peut y avoir recours pour dénoncer, de manière contraignante pour tous, des actes publics, des décisions ou des dispositions légales précises qui sont contraires à la loi. On peut également y avoir recours pour délimiter, de manière concrète et contraignante pour tous, les droits ou la situation juridique des parties devant la Cour lorsque la délimitation aura une certaine utilité pratique : voir William Wade et Christopher Forsyth, *Administrative Law*, 11<sup>e</sup> éd., New York : Oxford University Press, 2014, aux pages 483 à 491. Le concept clé qui sous-tend l’accessibilité aux déclarations est l’utilité pratique : voir *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99.

[106] En l’espèce, on ne prononce pas de déclaration uniquement pour donner aux motifs d’un jugement annulant une interprétation incorrecte d’une disposition légale — qui lie déjà les autres parties, la Commission et les cours — un éclat supplémentaire sans raison pratique. Lorsque les motifs du jugement suffisent, le redressement supplémentaire qu’est une déclaration n’est d’aucune

not be granted: *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at paragraph 158; *Bernard v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 23, at paragraph 7.

[107] Further, in this case, a declaration as to the definitive, comprehensive meaning and use of subsection 2.4(1.1) is not possible. We have not received full argument on this. As well, it would have no practical bearing on the outcome of the case: on the state of the evidence before it on the “making-available” activity in this case, the Board has decided not to approve a tariff.

[108] In this case, the appropriate remedy is to quash the decision of the Board concerning the interpretation of subsection 2.4(1.1), grant the applicants their costs, and no more.

C. Proposed disposition

[109] For the foregoing reasons, I would quash the decision of the Board concerning the interpretation of subsection 2.4(1.1) of the *Copyright Act*, with costs to the applicants at the midpoint of column III of Tariff B.

PELLETIER J.A.: I agree.

NEAR J.A.: I agree

utilité pratique et ne sera pas accordé : voir *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, au paragraphe 158 et *Bernard c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 23, au paragraphe 7.

[107] En outre, en l’espèce, il n’est pas possible de prononcer de déclaration quant au sens et à l’effet définitifs et complets du paragraphe 2.4(1.1). Nous n’avons pas eu d’argumentation complète à ce sujet. En outre, cela n’aurait aucune incidence pratique sur le résultat de l’instance : compte tenu des éléments de preuve dont elle disposait à l’égard du fait de « mettre à la disposition » en l’espèce, la Commission a décidé de ne pas approuver de tarif.

[108] En l’espèce, la mesure de redressement appropriée est d’annuler la décision de la Commission concernant l’interprétation du paragraphe 2.4(1.1) avec dépens aux demandresses, et rien de plus.

C. Dispositif proposé

[109] Pour les motifs qui précèdent, j’annulerais la décision de la Commission sur l’interprétation du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d’auteur* avec dépens aux demandresses calculés selon le milieu de la colonne III du tarif B.

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

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

CONF-1-20  
2020 FC 616

CONF-1-20  
2020 CF 616

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

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

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

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

**INDEXED AS: *CANADIAN SECURITY INTELLIGENCE SERVICES ACT (RE)***

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

Federal Court, Gleeson J.—Ottawa (In Camera, *Ex Parte*), October 1, 18-19 and November 7, 2018, January 14, 28, February 13, 21, March 29, April 1-3, 12, 17, 29, 30, May 13, 29, June 27-28, July 30, August 28 and November 1, 2019; May 15, 2020.

Cour fédérale, juge Gleeson—Ottawa (à huis-clos, *ex parte*), 1<sup>er</sup>, 18 et 19 octobre et 7 novembre 2018, 14 et 28 janvier, 13 et 21 février, 29 mars, 1<sup>er</sup> au 3, 12, 17, 29 et 30 avril, 13 et 29 mai, 27 et 28 juin, 30 juillet, 28 août et 1<sup>er</sup> novembre 2019; 15 mai 2020.

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

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

*Security Intelligence — Matter arising from application by Canadian Security Intelligence Service (the Service) for warrants under Canadian Security Intelligence Service Act (CSIS Act), ss. 12, 21 in furtherance of its investigation of Islamist terrorism — Illegally collected information surfacing in warrant applications — Service’s commitment, ability to comply with duty of candour called into question — Service paying individual known to facilitate or carry out terrorism — Additional instances of potential illegality reported — Assessment by counsel for Service concluding Service probably engaging in illegal activity — Service not notifying Court of likely illegality — Service nevertheless putting information collected through illegal collection before Court in support of warrant applications — Attorney General of Canada submitting, inter alia, that Court should not automatically exclude illegally obtained information from warrant application — Arguing for flexible standard involving judicial discretion following consideration of various factors — How did candour breach occur; how was it to be addressed? — Whether designated judge may consider, rely on information likely collected in contravention of law — Whether Court may invalidate warrant after it was issued or take other action — Whether, where information excised from application, Court may continue to rely on pre-application consultations, approval requirements in CSIS Act, ss. 7(2), 21(1) — Service breaching duty of candour — Breach resulting from institutional failures; questionable individual decision making contributing to or exacerbating breach — Legal risk assessment framework*

*Renseignement de sécurité — Affaire découlant de la demande de mandats faite par le Service canadien du renseignement de sécurité (le Service) en vertu des art. 12 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Loi sur le SCRS), dans le cadre de son enquête sur le terrorisme islamiste — La question de la collecte illégale d’informations a été soulevée dans le cadre des demandes de mandats — La volonté et la capacité du Service de respecter l’obligation de franchise ont été remises en question — Le Service a payé un individu connu pour faciliter ou effectuer des actes de terrorisme — D’autres cas possibles d’illégalité ont été signalés — Une évaluation faite par les avocats du Service a permis de conclure que le Service menait probablement des activités illégales — Le service n’a pas avisé la Cour de cet état de fait — Le Service a néanmoins présenté des informations recueillies dans le cadre d’activités illégales à la Cour en appui à des demandes de mandats — Le procureur général du Canada a soutenu notamment que la Cour ne devrait pas exclure d’emblée, d’une demande de mandats, les informations recueillies illégalement — Il a fait valoir qu’il faudrait une norme souple prévoyant l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire éclairé par la prise en considération de différents facteurs — Il s’agissait principalement de savoir: comment le manquement à l’obligation de franchise s’est produit et comment il fallait remédier à la situation; si un juge désigné peut prendre en considération et s’appuyer sur des informations probablement recueillies illégalement; si la Cour peut invalider le mandat décerné sur*



*not misapplied — If activity illegal, cannot proceed — Within context of warrant applications pursuant to CSIS Act, ss. 12, 21, Court may consider information collected in contravention of law — Designated judges having authority to weigh competing interests, factors — Court should consider seriousness of illegal activity, fairness, societal interest in context of overall impact decision to exclude impugned information having on long-term repute of administration of justice — Court having inherent right to review ex parte order where new facts having impact on exercise of judicial discretion coming to light — Court's power to control integrity of its own processes applying in context of warrant applications under CSIS Act — Framework developed by Supreme Court in R. v. Garofoli (criminal law context) applying to ex post facto review of CSIS Act warrant — Balancing analysis where issue of illegality brought before Court in ex post facto review engaging same factors, i.e. seriousness of the illegal activity, fairness, societal interest — Each factor engaging consideration of previously identified subsidiary questions — Approach involving balancing of factors to determine validity of national security warrant in context of candour breach requiring departure from Garofoli in this respect — Designated judge should apply Garofoli's "could have issued" standard once excision determination made — However, as in criminal context, designated judge should not strike otherwise valid warrant unless underlying conduct egregious — If automatic excision leading to conclusion warrant could not have issued, designated judge required to engage in full balancing analysis prior to concluding whether warrant could have issued — Court having authority to order remedial measures in respect of invalidated warrant, to take remedial action in respect of information collected under warrant — Requirement under CSIS Act, s. 7(2) that Director of Service consult with Deputy Minister prior to warrant application or renewal fulfilling meaningful function — Disclosure of illegality after completion of consultation, approval process of interest to Minister, Deputy Minister — Open to designated judge to decline to issue warrant until Deputy Minister, Minister notified of illegality — Judgment: Duty of candour owed to Court breached. External review should be initiated.*

*la foi de ces informations ou prendre d'autres mesures; si, en cas de suppression d'informations de la demande, la Cour peut encore se fonder sur la consultation et sur l'approbation préalables qu'exigent les art. 7(2) et 21(1) de la Loi sur le SCRS — Le Service a manqué à son obligation de franchise — Le manquement était attribuable à des défaillances organisationnelles; des décisions individuelles discutables ont contribué aux répercussions de ces défaillances ou les ont amplifiées — Le cadre d'évaluation des risques juridiques n'a pas mal été utilisé — Si l'activité est illégale, elle ne peut être menée — Dans le contexte d'une demande de mandats faite en vertu des art. 12 et 21 de la Loi sur le SCRS, la Cour peut tenir compte d'informations recueillies en infraction avec la loi — Les juges désignés ont le pouvoir de mettre en balance des intérêts et des facteurs concurrents — La Cour devrait tenir compte de la gravité de l'acte illégal, de l'équité et de l'intérêt de la collectivité dans l'optique de l'incidence générale qu'aurait à long terme la décision d'exclure les informations contestées sur la considération dont jouit l'administration de la justice — La Cour a le droit inhérent de revoir une ordonnance rendue ex parte lorsque, par la suite, sont portés à son attention des faits nouveaux qui auraient pu avoir une incidence sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire — Le pouvoir de la Cour de contrôler l'intégrité de sa propre procédure s'applique dans le contexte des demandes de mandats faites en vertu de la Loi sur le SCRS — Le cadre défini par la Cour suprême dans l'arrêt R. c. Garofoli (en droit criminel) s'applique à l'examen a posteriori d'un mandat relevant de la Loi sur le SCRS — L'exercice de mise en balance à effectuer lorsqu'un problème d'illégalité est porté à l'attention de la Cour dans le cadre d'un examen a posteriori met en cause les mêmes facteurs : la gravité de l'acte illégal, l'équité et l'intérêt de la collectivité — Chacun de ces facteurs s'accompagne de l'examen des questions subsidiaires déjà mentionnées — L'approche impliquant la mise en balance de facteurs qui vise à déterminer la validité d'un mandat en matière de sécurité nationale dans le contexte d'un manquement à l'obligation de franchise oblige à s'éloigner de l'arrêt Garofoli à cet égard — Après s'être prononcé sur la suppression d'informations, le juge désigné devrait appliquer le critère énoncé dans l'arrêt Garofoli, selon lequel les mandats « auraient pu être décernés » — Cependant, comme dans un contexte criminel, le juge désigné ne devrait pas annuler un mandat valide, à moins qu'il soit question d'une inconduite particulièrement grave — Si la suppression automatique mène à la conclusion que le mandat n'aurait pas pu être décerné, le juge désigné devrait être tenu d'effectuer un exercice de mise en balance exhaustif avant de trancher la question de façon définitive — La Cour a le pouvoir d'ordonner des mesures correctives relativement à un mandat invalidé et celui de prendre des mesures correctives quant aux informations recueillies en vertu de ce mandat — Avant de présenter une demande de mandats ou de demander le renouvellement d'un mandat, le directeur du Service doit consulter le sous-ministre conformément à l'art. 7(2) de la Loi sur le SCRS, ce qui est une fonction*

The issues in the present matter arose from an application by the Canadian Security Intelligence Service (the Service) for warrants under sections 12 and 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act) in furtherance of its investigation of Islamist terrorism.

The issue of illegally collected information surfaced as a result of the Court's inquiries in one of the recent warrant applications. The Service's failure to identify this issue called into question its commitment and ability to comply with the duty of candour. As this proceeding unfolded and the issue of illegality crystalized, the Service advised the Court that it had relied on potentially illegally collected information in at least two other warrant applications. The subjects of the Service investigation were Canadian citizens who had participated in fighting with various groups associated with extremist interpretations of Islam. In an effort to collect information, the Service had paid an individual known to be facilitating or carrying out terrorism an amount totalling less than \$25,000 over a few years. Six additional instances of potential illegality involving the Service or human sources acting on the Service's behalf were reported to the Court as this matter proceeded. Counsel for the Service applied a legal risk assessment framework in reviewing human source operations relevant to the warrant applications. In each case, the legal risk assessment identified the issue of illegality and concluded that the Service or individuals acting under the Service's direction were probably engaging in illegal activity. The opinions concluded that mitigation options did not exist. Having approved operations that were on their face illegal, the Service then collected information, which in turn was put before the Court in support of warrant applications, without notifying the Court of the likely illegality. All those involved in bringing several applications for a warrant overlooked the fact that the applications included information gathered through activity that was on its face illegal. The Attorney General of Canada submitted, *inter alia*, that the Court should not automatically exclude illegally obtained information from a warrant application. Instead, it argued that a flexible standard is required, one that involves judicial discretion following a consideration of various factors.

*porteuse de sens — La révélation d'un problème d'illégalité après coup serait une information d'intérêt pour le ministre et le sous-ministre impliqués dans le processus de consultation et d'approbation — Le juge désigné a la latitude de refuser la délivrance d'un mandat jusqu'à ce que le sous-ministre et le ministre aient été mis au courant de l'illégalité — Jugement : L'obligation de franchise envers la Cour n'a pas été respectée. Un examen externe devrait être effectué.*

Les questions en litige dans le présent appel découlaient de la demande de mandats faite par le Service canadien du renseignement de sécurité (le Service) en vertu des articles 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (Loi sur le SCRS), dans le cadre de son enquête sur le terrorisme islamiste.

La question de la collecte illégale d'informations a été soulevée par suite des questions posées par la Cour dans le cadre de l'une des demandes de mandats récentes. Le fait que le Service n'ait pas soulevé cette question a remis en question sa volonté et sa capacité de respecter l'obligation de franchise. Au cours du déroulement de l'instance, le problème de l'illégalité s'est cristallisé, et le Service a avisé la Cour qu'il avait fondé au moins deux autres demandes de mandats sur des informations susceptibles d'avoir été recueillies illégalement. Les cibles de l'enquête du Service étaient des citoyens canadiens qui ont combattu au sein de différents groupes liés à des interprétations extrémistes de l'islam. En vue de recueillir des informations, le Service avait versé des paiements pendant quelques années, totalisant moins de 25 000 \$, à un individu connu pour faciliter ou effectuer des actes de terrorisme. Six autres cas possibles d'illégalité par le Service ou une source humaine agissant pour son compte ont été signalés à la Cour au fil de l'instance. Les avocats du Service ont appliqué un cadre d'évaluation des risques juridiques aux opérations fondées sur des sources humaines en cause dans les demandes de mandats. Dans chaque cas, ils ont tenu compte du problème de l'illégalité et ont conclu que le Service ou des personnes agissant pour son compte menaient très probablement des activités illégales. Ils ont conclu qu'il n'existait pas de possibilité d'atténuation. Une fois que des opérations à première vue illégales ont été approuvées, le Service a recueilli des informations qu'il a ensuite présentées à la Cour en appui à des demandes de mandats sans l'aviser de cet état de fait. Tous les intervenants dans le dépôt de plusieurs demandes de mandat ont passé outre au fait que les demandes comportaient des informations recueillies dans le cadre d'activités à première vue illégales. Le procureur général du Canada a soutenu notamment que la Cour ne devrait pas exclure d'emblée, d'une demande de mandats, les informations recueillies illégalement, et qu'il faudrait une norme souple prévoyant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire éclairé par la prise en considération de différents facteurs.

The main issues were: how did the candour breach occur and how was it to be addressed?; whether a designated judge, in issuing a warrant under section 21 of the CSIS Act, may consider and rely on information that was likely collected in contravention of the law and, if so, what factors are to be considered and weighed; whether the Court may invalidate the warrant after it was issued or take other action if it becomes aware that information placed before it was likely collected in contravention of the law; and whether, where information is excised from the application, the Court may continue to rely on the pre-application consultations and approval requirements at subsections 7(2) and 21(1) of the CSIS Act.

*Held*, the Canadian Security Intelligence Service breached the duty of candour it owed to the Court. An external review should be initiated to identify systemic, governance and cultural shortcomings and failures that resulted in the Service engaging in operational activity that was illegal and the resultant breach of candour.

Institutional failings contributed to the breach of the duty of candour. In many instances, questionable individual decision making contributed to or exacerbated the impact of these failings. There was no suggestion in the evidence that the legal risk assessment framework was misapplied. Rather, the evidence indicates that it is poorly suited to assessing and addressing potentially illegal activity. If the proposed Service activity is not authorized by the CSIS Act, there is no room to balance interests: the activity is illegal and cannot proceed. Characterizing unlawful activity in terms of risk does not change the fact that it is illegal.

One reason why the Service and its counsel did not identify illegally collected information as an issue is that information relevant to the warrant application process was inaccessible, or not readily accessible, to those involved in the process. The facts and evidence also raised questions relating to information sharing among senior Service officials. The circumstances and events that resulted in the Service engaging in illegal conduct contrary to legal advice warrants a comprehensive and detailed review, a review that is mandated to consider broad issues of institutional structure, governance and culture within both the Service and relevant elements of the Department of Justice.

Within the context of an application for warrants pursuant to sections 12 and 21 of the CSIS Act, the Court may consider information likely collected in contravention of the law. The common law recognizes that a judge may exclude evidence

Il s'agissait principalement de déterminer comment le manquement à l'obligation de franchise s'est produit et comment il fallait remédier à la situation; si un juge désigné peut prendre en considération et s'appuyer sur des informations probablement recueillies illégalement pour décider de décerner un mandat en vertu de l'article 21 de la Loi sur le SCRS et, dans l'affirmative, de quels facteurs il doit tenir compte et lesquels il doit mettre en balance; si la Cour se rend compte que des informations qui lui ont été présentées avaient probablement été recueillies illégalement, si elle peut invalider le mandat décerné sur la foi de ces informations ou prendre d'autres mesures; en cas de suppression d'informations de la demande, si la Cour peut encore se fonder sur la consultation et sur l'approbation préalables qu'exigent les paragraphes 7(2) et 21(1) de la Loi sur le SCRS.

*Jugement* : le Service canadien du renseignement de sécurité a manqué à son obligation de franchise envers la Cour. Un examen externe exhaustif devrait être effectué afin de relever l'ensemble des lacunes et des défaillances systémiques, culturelles et liées à la gouvernance qui ont eu pour conséquences que le Service a mené des activités opérationnelles illégales et a manqué à son obligation de franchise.

Le manquement est attribuable en partie à des défaillances organisationnelles. Dans de nombreux cas, des décisions individuelles discutables ont contribué aux répercussions de ces défaillances ou les ont amplifiées. Rien dans la preuve ne donnait à penser que le cadre d'évaluation des risques juridiques a mal été utilisé. Elle révèle plutôt qu'il s'agit d'un mauvais outil d'évaluation et d'intervention en ce qui a trait aux actes illégaux. Si la Loi sur le SCRS n'autorise pas l'activité proposée du Service, il n'y a pas lieu de procéder à un exercice de mise en balance : l'activité est illégale et ne peut pas être menée. Le fait de catégoriser une activité illégale selon les risques qu'elle présente ne change rien au fait qu'elle est illégale.

Le fait qu'il ait été impossible ou difficile, pour les intervenants, d'accéder aux informations utiles au processus de demande de mandats explique en partie que le Service et ses avocats n'ont pas constaté le problème de la collecte illégale d'informations. Les faits et la preuve ont aussi soulevé des questions sur l'échange d'informations entre les cadres supérieurs du Service. Les circonstances et les événements qui ont mené le Service à agir dans l'illégalité malgré des avis juridiques justifient un examen approfondi qui doit tenir compte des grandes questions touchant la structure organisationnelle, la gouvernance et la culture tant au Service qu'au sein des composantes concernées du ministère de la Justice.

Dans le contexte d'une demande de mandats faite en vertu des articles 12 et 21 de la Loi sur le SCRS, la Cour peut tenir compte d'informations probablement recueillies en infraction avec la loi. Il est reconnu en common law qu'un juge

where its admission would affect the fairness of the proceeding. The exclusion of evidence under either the common law or subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) involves a flexible, context-based analysis. The case law under section 8 of the Charter departs from the flexible, context-based approach to the exclusion of evidence under the common law and subsection 24(1). Under section 8, if misleading, erroneous or unconstitutionally obtained information was relied on in obtaining a warrant, that information is automatically excised. Once the information has been excised, the Court must then consider whether it could have issued the warrant based on the remaining information. Automatic excision for the purpose of determining warrant validity does not extend to automatic exclusion of information collected under a warrant determined to be invalid. The purpose of the excision doctrine—to prevent the state from benefitting from illegal acts of persons acting on its behalf—is relevant in the security intelligence context. If the automatic excision standard were adopted in this instance, illegally collected evidence placed before the Court in the national security context would have to be excised, when that same evidence might well be found admissible in a criminal proceeding under subsection 24(2) of the Charter. An automatic excision rule could lead a designated judge to not issue a warrant due to a minor illegality even where the threat under investigation is significant. Such a stringent test would ignore the role of a designated judge in balancing the societal interest in maintaining national security against individual rights and interests and in turn might well undermine public confidence. Designated judges considering warrant applications under section 21 of the CSIS Act are “gatekeepers of intrusive powers”. This gatekeeper function must include the authority to weigh competing interests and factors when issues of evidence admissibility arise. This conclusion is consistent with the case law and is reflective of past practice in designated proceedings. The Court should consider three factors when determining whether information connected to illegal conduct should be admitted in support of a warrant application: (1) seriousness of the illegal activity; (2) fairness; and (3) societal interest. As is the case under subsection 24(2) of the Charter, a court should consider these factors and their underlying questions collectively in the context of the overall impact a decision to exclude the impugned information would have on the long-term repute of the administration of justice.

The Court has the inherent right to review an *ex parte* order where new facts come to light after its issuance that could have impacted on the exercise of judicial discretion. The reasoning of the Federal Court of Appeal in *Canada (National Revenue) v. RBC Life Insurance Company*, wherein it determined that

peut écarter des éléments de preuve dont l’utilisation nuirait à l’équité de l’instance. L’exclusion d’éléments de preuve au titre de la common law ou du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) requiert une analyse souple, qui tient compte du contexte. La jurisprudence relative à l’article 8 de la Charte s’éloigne de l’approche souple, fondée sur le contexte, à l’exclusion d’éléments de preuve au titre de la common law et du paragraphe 24(1). Au titre de l’article 8, toute information trompeuse, erronée ou obtenue inconstitutionnellement qui a été utilisée en appui à une demande de mandats est automatiquement supprimée. La Cour doit ensuite déterminer si elle aurait pu décerner le mandat sur la foi des informations restantes. La suppression automatique visant à établir la validité des mandats n’englobe pas l’exclusion automatique d’informations recueillies en vertu d’un mandat jugé invalide. L’objet de la doctrine relative à la suppression — empêcher l’État de tirer parti d’actes illégaux commis par des personnes qui agissent en son nom — est pertinent dans le contexte du renseignement de sécurité. Si l’on devait adopter une règle de suppression automatique en l’espèce, les éléments de preuve recueillis illégalement et présentés à la Cour dans le contexte de la sécurité nationale devraient être supprimés, alors que ces mêmes éléments pourraient très bien être déclarés admissibles dans une instance criminelle, au titre du paragraphe 24(2) de la Charte. Une telle règle pourrait amener un juge désigné à ne pas décerner un mandat en raison d’une illégalité mineure, même si l’enquête vise une menace grave. Un test d’une telle sévérité passerait outre le rôle du juge désigné dans la mise en balance, d’une part, de l’intérêt pour la collectivité d’assurer la sécurité nationale et, d’autre part, des droits et des intérêts personnels; cela pourrait ébranler la confiance du public. Les juges désignés saisis de demandes de mandat en application de l’article 21 de la Loi sur le SCRS « agissent à titre de gardiens contre les pouvoirs intrusifs ». Pour ce faire, ils doivent avoir le pouvoir de mettre en balance les intérêts et les facteurs concurrents lorsqu’est soulevée la question de l’admissibilité de la preuve. Cette conclusion est conforme à la jurisprudence et reflète les pratiques établies dans les procédures désignées. La Cour devrait tenir compte de trois facteurs lorsqu’elle détermine s’il y a lieu d’utiliser des informations découlant d’actes illégaux en appui à une demande de mandats : 1) la gravité de l’acte illégal; 2) l’équité; 3) l’intérêt de la collectivité. Comme dans le cas du paragraphe 24(2) de la Charte, le tribunal devrait tenir compte de ces facteurs et des questions sous-jacentes dans leur ensemble, dans l’optique de l’incidence générale qu’aurait à long terme la décision d’exclure les informations contestées sur la considération dont jouit l’administration de la justice.

La Cour a le droit inhérent de revoir une ordonnance rendue *ex parte* lorsque, par la suite, sont portés à son attention des faits nouveaux qui auraient pu avoir une incidence sur l’exercice de son pouvoir discrétionnaire. Le raisonnement formulé dans l’arrêt *Canada (Revenu national) c. Compagnie*

the “Federal Courts’ power to control the integrity of its own processes is part of its core function, essential for the due administration of justice, the preservation of the rule of law and the maintenance of a proper balance of power”, applies equally in the context of warrant applications under the CSIS Act. To conclude that the Court lacks authority to review previously issued warrants where issues of candour subsequently come to the Court’s attention would insulate the Service from the consequences of its actions. As to the appropriate test to be applied when reviewing a previously-issued CSIS Act warrant, it was helpful to consider the case law addressing the review of criminal search warrants. The criminal warrant case law was more applicable to the present situation than the civil law case law. Although a CSIS Act warrant serves a different purpose than a criminal warrant, there is no reason why the framework developed by the Supreme Court in *R. v. Garofoli* should not apply to the *ex post facto* review of a CSIS Act warrant. The balancing analysis to be undertaken where an issue of illegality is brought before the Court in an *ex post facto* review engages the same factors: (1) seriousness of the illegal activity; (2) fairness; and (3) societal interest. Each of these factors would in turn engage a consideration of the previously identified subsidiary questions. An approach that involves a balancing of factors for the purposes of determining the validity of a national security warrant in the context of a candour breach requires a departure from *Garofoli* in this respect. This was not to suggest that the automatic excision standard would not or should not apply where a national security warrant is challenged in the context of an ongoing criminal proceeding. Once an excision determination has been made, the designated judge should then apply the “could have issued” standard. *Garofoli*’s “could have issued” standard does not displace the Court’s power to redress abuses of its own processes that may arise in instances where non-disclosure involves a breach of candour or some other form of improper conduct. However, as in the criminal context, a designated judge should not strike an otherwise valid warrant unless the underlying conduct is particularly egregious. If automatic excision leads to the conclusion that the warrant could not have issued then the designated judge would be required to engage in a full balancing analysis prior to reaching a final conclusion on the question of whether the warrant could have issued.

The case law supports the view that the Court’s plenary authority includes the discretion to order remedial measures in respect of an invalidated warrant, including destruction of the

*d’assurance vie RBC*, où la Cour d’appel fédérale a conclu que le « pouvoir des Cours fédérales de contrôler l’intégrité de leur propre procédure fait partie de leur fonction fondamentale, essentielle à la bonne administration de la justice, à la préservation de la primauté du droit et au maintien d’un juste équilibre entre les pouvoirs », s’applique aussi dans le contexte des demandes de mandats faites en vertu de la Loi sur le SCRS. Conclure que la Cour n’a pas le pouvoir de revoir les mandats décernés lorsqu’elle apprend, par la suite, qu’il y a eu des problèmes de franchise reviendrait à soustraire le Service aux conséquences de ses actes. Pour déterminer le critère à appliquer pour la révision d’un mandat décerné en vertu de la Loi sur le SCRS, il était utile de prendre connaissance des précédents relatifs aux mandats de perquisition décernés dans un contexte criminel. La jurisprudence criminelle ayant trait aux mandats s’appliquait davantage à l’espèce que la jurisprudence civile. Bien qu’un mandat relevant de la Loi sur le SCRS n’ait pas les mêmes fins qu’un mandat décerné dans un contexte criminel, il n’y a pas de raison que le cadre défini dans *R. c. Garofoli* ne s’applique pas à l’examen a posteriori d’un mandat relevant de la Loi sur le SCRS. L’exercice de mise en balance à effectuer lorsqu’un problème d’illégalité est porté à l’attention de la Cour dans le cadre d’un examen a posteriori met en cause les mêmes facteurs : 1) la gravité de l’acte illégal, 2) l’équité et 3) l’intérêt de la collectivité. Chacun de ces facteurs s’accompagne de l’examen des questions subsidiaires déjà mentionnées. L’approche impliquant la mise en balance de facteurs qui vise à déterminer la validité d’un mandat en matière de sécurité nationale dans le contexte d’un manquement à l’obligation de franchise oblige à s’éloigner de l’arrêt *Garofoli* à cet égard. Cela ne veut pas dire pour autant que la suppression automatique ne pourrait pas ou ne devrait pas s’appliquer lorsqu’il y a remise en question d’un mandat décerné pour des raisons de sécurité nationale dans le contexte d’une instance criminelle en cours. Après s’être prononcé sur la suppression d’informations, le juge devrait appliquer le critère selon lequel les mandats « auraient pu être décernés ». Le critère selon lequel les mandats « auraient pu être décernés » établi dans l’arrêt *Garofoli* ne supprime pas le pouvoir dont dispose la Cour de corriger les abus de sa propre procédure qui peuvent être commis lorsqu’un cas de non-conformité implique un manquement à l’obligation de franchise ou une autre forme de conduite irrégulière. Cependant, comme dans un contexte criminel, le juge désigné ne devrait pas annuler un mandat valide, à moins qu’il soit question d’une inconduite particulièrement grave. Si la suppression automatique mène à la conclusion que le mandat n’aurait pas pu être décerné, le juge désigné devrait être tenu d’effectuer un exercice de mise en balance exhaustif avant de trancher la question de façon définitive.

La jurisprudence va dans le sens du point de vue selon lequel le plein pouvoir de la Cour englobe le pouvoir discrétionnaire d’ordonner des mesures correctives relativement à



information collected pursuant to that warrant. The Court's undisputed authority to rescind or vary a warrant issued on the basis of erroneous information or the failure to make full and frank disclosure includes the authority to take remedial action in respect of information collected under the warrant. To conclude otherwise could undermine public confidence in the administration of justice. Where a warrant is invalidated the Service cannot simply rely on its mandate to argue that information collected under the invalidated warrant will remain fully available to the Service. The salutary effect of a recital or condition reflecting the Court's inherent authority to make further orders relating to information collected pursuant to the warrant would be of benefit.

A final issue arose in the course of these proceedings relating to the adequacy of pre-application consultation and approval where information is then excised from an application. Prior to applying for or seeking renewal of a warrant, the Director of the Service must consult with the Deputy Minister (subsection 7(2) of the CSIS Act) and the Minister must approve of the warrant (subsection 21(2) of the CSIS Act). The Deputy Minister consultation fulfills a meaningful function. Fulfillment of that function will only occur where the Deputy Minister is made aware of all material facts. The severance of information or the subsequent disclosure of illegality after completion of the consultation and approval process would be of interest to the Minister and Deputy Minister involved in that process. A designated judge seized with a warrant application retains a broad discretion in respect of a decision to issue warrants. Where significant information is severed from a warrant, illegality is revealed, or other material circumstances are disclosed, it is always open to the designated judge, in the exercise of this broad discretion, to decline to issue a warrant until the Deputy Minister and Minister are notified of those circumstances.

un mandat invalidé, y compris la destruction des informations recueillies en vertu de ce mandat. Le pouvoir incontesté de la Cour d'annuler ou de modifier un mandat qu'elle a décerné sur la foi d'informations erronées ou en raison d'un manquement à l'obligation de communication complète et franche englobe celui de prendre des mesures correctives quant aux informations recueillies en vertu de ce mandat. Toute autre conclusion pourrait bien effriter la confiance du public en l'administration de la justice. Le Service ne peut pas simplement invoquer sa mission pour soutenir qu'il conserve le plein accès aux informations recueillies en vertu d'un mandat invalidé. L'ajout d'un élément d'énoncé reflétant le pouvoir inhérent de la Cour de rendre d'autres ordonnances relatives aux informations recueillies en vertu du mandat serait avantageux.

Une dernière question a été soulevée au cours de l'instance quant au caractère adéquat de la consultation et de l'approbation préalables d'une demande dans les cas où il y a, par la suite, suppression d'informations. Avant de présenter une demande de mandats ou de demander le renouvellement d'un mandat, le directeur du Service doit consulter le sous-ministre (paragraphe 7(2) de la Loi sur le SCRS) et obtenir l'approbation du ministre (paragraphe 21(1) de la Loi sur le SCRS). Consulter le sous-ministre est une fonction porteuse de sens, qui n'est accomplie que si le sous-ministre est mis au courant de tous les faits importants. La suppression d'informations ou la révélation d'un problème d'illégalité après coup seraient des informations d'intérêt pour le ministre et le sous-ministre impliqués dans le processus de consultation et d'approbation. Le juge désigné saisi d'une demande de mandat dispose d'un large pouvoir discrétionnaire quant à la décision de décerner le mandat. En cas de suppression d'informations importantes, de révélation d'un problème d'illégalité ou de divulgation d'autres circonstances importantes, le juge a toujours la latitude, dans l'exercice de son large pouvoir discrétionnaire, de refuser la délivrance jusqu'à ce que le sous-ministre et le ministre aient été mis au courant des circonstances.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41.  
 Bill C-59, *An Act respecting national security matters*, 1st Sess., 42nd Parl., 2017 (1st reading, June 20, 2017), cls. 100, 101.  
*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. 8, 24.  
*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982 c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 101.

#### 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. 8, 24.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 25.1, 83.01-83.33, 186(4).  
*Décret fixant au lendemain de la prise du présent décret la date d'entrée en vigueur de la Partie 1.1 et de certaines dispositions de cette loi*, TR/2019-71, (2019) Gaz. C. II, vol. 153, n° 15.  
*Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11



*Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 2 “dataset”, “human source”, “threats to the security of Canada”, 6, 7(1),(2), 11.01–11.25, 11.13–11.15, 11.15(5), 12, 18, 18.1, 19(2), 20, 21, 27.1.

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 25.1, 83.03-83.33, 186(4).

*Department of Justice Act*, R.S.C., 1985, c. J-2, s. 4(a).

*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1.

*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 17.

*National Security and Intelligence Review Agency Act*, S.C. 2019, c. 13, ss. 9–12.

*Order Fixing the Day After the Day on which this Order is Made as the Day on which Part 1.1 and Certain Provisions of that Act Come into Force*, SI/2019-71, (2019) C. Gaz. II, Vol. 153, No.15.

*United Nations Al Qaida and Taliban Regulations*, SOR/99-444.

(R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 101.

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1.

*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 17.

*Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.C. (1985), ch. J-2, art. 4a).

*Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C- 23, art. 2 « ensemble de données », « menaces envers la sécurité du Canada », « source humaine », 6, 7(1),(2), 11.01–11.25, 11.13–11.15, 11.15(5), 12, 18, 18.1, 19(2), 20, 21.

*Loi sur l'Office de surveillance des activités en matière de sécurité nationale et de renseignement*, L.C. 2019, ch. 13, art. 9–12.

Projet de loi C-59, *Loi concernant des questions de sécurité nationale*, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 2017 (1<sup>re</sup> lecture le 20 juin 2017), clauses 100, 101.

*Règlement d'application des résolutions des Nations Unies sur Al-Qaïda et le Taliban*, DORS/99-444.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, 1990, CanLII 52; *Canada (National Revenue) v. RBC Life Insurance Company*, 2013 FCA 50, [2013] 3 C.T.C. 126.

##### CONSIDERED:

*X (Re)*, 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567; *X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, (1999), 43 O.R. (3d) 256; *X (Re)*, 2013 FC 1275, [2015] 1 F.C.R. 635, aff'd 2014 FCA 249, [2015] 1 F.C.R. 684; *Harkat (Re)*, 2009 FC 1050, [2010] 4 F.C.R. 149; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, [1993] 8 W.W.W. 257; *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992; *R. v. Jaser*, 2014 ONSC 6052, 120 W.C.B. (2d) 241; *R. v. Bacon*, 2010 BCCA 135, 285 B.C.A.C. 108; *Mahjoub (Re)*, 2013 FC 1096, 457 F.T.R. 1; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608; *R. v. Reeves*, 2018 SCC 56, [2018] 3 S.C.R. 531.

##### REFERRED TO:

*Alberta Government Telephones v. (Canada) Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1989] 2 S.C.R. 225, (1989), 61 D.L.R. (4th) 193; *Canadian*

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*R. c. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, 1990 CanLII 52; *Canada (Revenu national) c. Compagnie d'assurance vie RBC*, 2013 CAF 50.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*X (Re)*, 2018 CF 738, [2019] 1 R.C.F. 567; *X (Re)*, 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *X (Re)*, 2013 CF 1275, [2015] 1 R.C.F. 635, conf. par 2014 CAF 249, [2015] 1 R.C.F. 684; *Harkat (Re)*, 2009 CF 1050, [2010] 4 R.C.F. 149; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. v. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992; *R. v. Jaser*, 2014 ONSC 6052, 120 W.C.B. (2d) 241; *R. v. Bacon*, 2010 BCCA 135, 285 B.C.A.C. 108; *Mahjoub (Re)*, 2013 CF 1096; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608; *R. c. Reeves*, 2018 CSC 56, [2018] 3 R.C.S. 531.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Alberta Government Telephones c. (Canada) Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1989] 2 R.C.S. 225; *Canadian Broadcasting Corp. v.*

*Broadcasting Corp. v. Attorney General (Ontario)*, [1959] S.C.R. 188, (1959), 16 D.L.R. (2d) 609; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401; *R. v. Mahmood*, 2011 ONCA 693, 107 O.R. (3d) 641; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, (1995), 128 D.L.R. (4th) 98; *The Queen v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, (1970), 11 D.L.R. (3d) 673; *R. v. Chau*, [1997] O.J. No. 6322 (QL) (Gen. Div.), affd on other grounds (2000), 140 O.A.C. 56, 2000 CanLII 17015 (C.A.); *X (Re)*, 2018 FC 874; *X (Re)*, 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, (1983), 26 Man. R. (2d) 194; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, (1984), 55 A.R. 291; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Morris* (1998), 173 N.S.R. (2d) 1, 134 C.C.C. (3d) 539; *MTS Allstream Inc. v. Bell Mobility Inc.*, 2008 MBQB 103, 227 Man. R. (2d) 95; *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; *Bergeron et al. v. Deschamps et al.*, [1978] 1 S.C.R. 243, (1977), 33 C.C.C. (2d) 461; *Re Chapman and the Queen* (1984), 46 O.R. (2d) 65, 9 D.L.R. (4th) 244, [1984] O.J. No. 3178 (QL) (C.A.); *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633, (1984), 14 D.L.R. (4th) 482; *R. v. G.B. (application by Bogiatzis, Christodoulou, Cusato and Churchill)* (2003), 108 C.R.R. (2d) 294, [2003] O.J. No. 3335 (QL) (Sup. Ct.); *Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, 26 O.R. (3d) 736; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3.

*Attorney General (Ontario)*, [1959] R.C.S. 188; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401; *R. v. Mahmood*, 2011 ONCA 693, 107 O.R. (3d) 641; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *La Reine c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *R. v. Chau*, [1997] O.J. n° 6322 (QL) (Div. gén.), conf. pour d'autres motifs (2000), 140 O.A.C. 56, 2000 CanLII 17015 (C.A.); *X (Re)*, 2018 CF 874; *X (Re)*, 2018 CF 738, [2019] 1 R.C.F. 567; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. v. Morris* (1998), 173 N.S.R. (2d) 1, 134 C.C.C. (3d) 539; *MTS Allstream Inc. v. Bell Mobility Inc.*, 2008 MBQB 103, 227 Man. R. (2d) 95; *Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *Bergeron et al. c. Deschamps et al.* [1978] 1 R.C.S. 243; *Re Chapman and the Queen* (1984), 46 O.R. (2d) 65 (C.A.); *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633; *R. v. G.B. (application by Bogiatzis, Christodoulou, Cusato and Churchill)* (2003), 108 C.R.R. (2d) 294, [2003] O.J. n° 3335 (QL) (C. sup.); *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3.

## AUTHORS CITED

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

Department of Justice. *Policy of the Department of Justice Canada and the Canadian Security Intelligence Service on the Duty of Candour in ex parte Proceedings*, February 23, 2017.

Federation of Law Societies of Canada. *Model Code of Professional Conduct*, Ottawa (as amended March 14, 2017).

Keyes, John Mark. "Loyalty, Legality and Public Sector Lawyers" (2019), 97 *Can. Bar Rev.* 129

Security Intelligence Review Committee. *Review of a Human Source Operation*, SIRC Study 2008-4, March 9, 2009.

## DOCTRINE CITÉE

Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. *CSARS Rapport annuel 2014–2015 : Vers de nouveaux horizons : préparer le terrain du changement dans la surveillance des activités de renseignement de sécurité*, Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2015.

Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. *CSARS Rapport annuel 2015–2016 : Sur notre lancée*, Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2016.

Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. *Examen d'une opération faisant appel à des sources humaines*, Étude du CSARS csars 2008-04, 9 mars 2009.

Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. *Un examen de l'enquête du SCRS sur les*

Security Intelligence Review Committee. *Review of CSIS's Investigation of Canadian Foreign Fighters*, SIRC Study 2015-09. May 27, 2016.

Security Intelligence Review Committee. *SIRC Annual Report 2014–2015: Broader Horizons: Preparing the Groundwork for Change in Security Intelligence Review*, Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2015.

Security Intelligence Review Committee. *SIRC Annual Report 2015–2016: Maintaining Momentum*, Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2016.

« combattants étrangers » canadiens, Étude du CSARS 2015-09, 27 mai 2016.

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

Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada. *Code type de déontologie professionnelle*, Ottawa (tel que modifié le 14 mars 2017).

Keyes, John Mark. "Loyalty, Legality and Public Sector Lawyers" (2019), 97 *Rev. du B. can.* 129.

Ministère de la Justice. *Politique du ministère de la Justice du Canada et du Service canadien du renseignement de sécurité sur l'obligation de franchise lors d'instances ex parte*, 23 février 2017.

MATTER arising from an application by the Canadian Security Intelligence Service for warrants under sections 12 and 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* in furtherance of its investigation of Islamist terrorism. Duty of candour owed to Court breached. External review should be initiated.

AFFAIRE découlant de la demande de mandats faite par le Service canadien du renseignement de sécurité en vertu des articles 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, dans le cadre de son enquête sur le terrorisme islamiste. L'obligation de franchise envers la Cour n'a pas été respectée. Un examen externe devrait être effectué.

#### APPEARANCES

*Robert Frater, Q.C., Owen Rees, Gabrielle White, Helene Robertson, Nathalie Benoit, Jennifer Poirier* and *Stéphanie Dion* for Attorney General of Canada.

*Gordon Cameron* and *Matthew Gourlay* as *amici curiae*.

*Anil Kapoor, Dana Achtemichuk, Brian Gover, Stephen Aylward* and *Donald Bayne* for affiant.

#### ONT COMPARU :

*Robert Frater, c.r., Owen Rees, Gabrielle White, Helene Robertson, Nathalie Benoit, Jennifer Poirier* et *Stéphanie Dion* pour le procureur général du Canada.

*Gordon Cameron* et *Matthew Gourlay* à titre d'*amicus curiae*.

*Anil Kapoor, Dana Achtemichuk, Brian Gover, Stephen Aylward* et *Donald Bayne* pour le déposant.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.

*Gordon Cameron* and *Matthew Gourlay* as *amici curiae*.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.

*Gordon Cameron* et *Matthew Gourlay* à titre d'*amicus curiae*.

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

*Voici les motifs caviardés du jugement et le jugement rendus en français par*

GLEESON J.:

LE JUGE GLEESON :

TABLE OF CONTENTS

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraph		Paragraphes
I. Overview.....	1	I. Aperçu.....	1
II. Proceedings.....	10	II. Instances.....	10
A. [***Case A***].....	11	A. Dossier [***Dossier A***] .....	11
B. [***Case B***].....	16	B. Dossier [***Dossier B***] .....	16
C. Notice to the Court.....	19	C. Avis à la Cour .....	19
D. January 2019 case management conference.....	21	D. Conférence de gestion d’instance de janvier 2019.....	21
E. En banc hearing.....	22	E. Audience en formation plénière....	22
F. Chief Justice’s initial direction.....	28	F. Directive initiale du juge en chef...	28
G. Common issues hearings.....	32	G. Audiences sur les questions d’intérêt commun .....	32
III. Background.....	36	III. Contexte .....	36
A. How did the issue of illegality arise?.....	36	A. À quoi est attribuable le problème de l’illégalité?.....	36
(1) The Service must act within the law .....	36	1) Le Service doit agir dans le respect de la loi.....	36
(2) The Crown immunity doctrine .....	41	2) Le principe de l’immunité de l’État .....	41
(3) The evolution of legal advice.....	45	3) L’évolution des avis juridiques....	45
B. Service processes .....	65	B. Processus du Service.....	65
(1) Assessing the legal risk of operations.....	66	1) Évaluation des risques juridiques des opérations.....	66
(2) The warrant application process .....	71	2) Processus de demande de mandats.....	71
C. Bill C-59: Legislative reform to address illegality .....	81	C. Projet de loi C-59 : réforme législative visant à régler le problème de l’illégalité .....	81
IV. Issues.....	82	IV. Questions.....	82
V. Analysis.....	83	V. Analyse .....	83
A. How did the candour breach occur and how is it to be addressed?.....	83	A. Comment le manquement à l’obligation de franchise s’est-il produit, et comment remédier à la situation? .....	83
(1) The duty of candour .....	83	1) Obligation de franchise .....	83
(2) The breach of the duty of candour .....	91	2) Manquement à l’obligation de franchise .....	91

(3) The causes of the breach of the duty of candour .....	97	3) Causes du manquement à l'obligation de franchise .....	97
(4) Events following the January 2017 opinion .....	104	4) Événements consécutifs à l'avis de janvier 2017 .....	104
(5) Institutional and systemic issues contributing to the candour breach .....	125	5) Problèmes organisationnels et systémiques ayant contribué au manquement à l'obligation de franchise .....	125
(a) NSLAG knowledge management and information sharing .....	126	a) Gestion des connaissances et communications d'informations par le GLCS.....	126
(b) The Department of Justice legal risk assessment framework .....	128	b) Cadre d'évaluation des risques du ministère de la Justice .....	128
(c) The interplay between counsel's duty of candour and duty of loyalty .....	132	c) Interaction entre l'obligation de franchise et l'obligation de loyauté de l'avocat .....	132
(d) The role of the Department of Justice .....	135	d) Rôle du ministère de la Justice .....	135
(e) The warrant application process .....	148	e) Processus de demande de mandats .....	148
(f) Information silos and compartmentalization .....	152	f) Cloisonnement des informations .....	152
(g) Communications among senior Service officials....	157	g) Communication entre les cadres supérieurs du Service .....	157
(6) Conclusion on candour .....	163	6) Conclusion sur l'obligation de franchise .....	163
B. May the Court consider and rely on information that was likely collected in contravention of the law? .....	177	B. La Cour peut-elle prendre en considération et s'appuyer sur des informations probablement recueillies illégalement?.....	177
C. If the Court may consider and rely on information that was likely collected in contravention of the law, then what factors are to be considered and weighed?.....	188	C. Si la Cour peut prendre en considération et s'appuyer sur des informations probablement recueillies illégalement, de quels facteurs doit-elle tenir compte, et lesquels doit-elle mettre en balance?.....	188
D. If, after a warrant has issued, the Court becomes aware that information placed before it was likely collected in contravention of the law, may the Court invalidate the warrant or take other action?.....	198	D. Si la Cour se rend compte que des informations qui lui ont été présentées avaient probablement été recueillies illégalement, peut-elle invalider les mandats décernés sur la foi de ces informations ou prendre d'autres mesures?.....	198

(1) A designated judge may review a prior decision to issue a warrant .....	198	1) Un juge désigné peut revoir une décision de décerner un mandat .....	198
(2) The Garofoli framework, modified to reflect the context, guides the conduct of an ex post facto review .....	207	2) Le cadre défini dans l'arrêt Garofoli, modifié en fonction du contexte, guide l'examen a posteriori.....	207
E. Should the Court invalidate an issued warrant, what authority does the Court have to make remedial orders regarding information collected under that warrant? How should the Court exercise that authority? .....	224	E. Si elle invalide un mandat décerné, quels pouvoirs la Cour peut-elle invoquer pour rendre des ordonnances réparatrices quant aux informations recueillies en vertu de ce mandat? Comment la Cour devrait-elle exercer ces pouvoirs?.....	224
(1) The Court may make orders in respect of the use or retention of information collected under the authority of an invalidated warrant .....	224	1) La Cour peut rendre une ordonnance quant à l'utilisation ou à la conservation d'informations recueillies en vertu d'un mandat invalidé .....	224
(2) Retaining jurisdiction over collected information by way of condition .....	235	2) Conservation de la compétence à l'égard des informations recueillies au moyen de conditions .....	235
F. Where information is excised from the application, may the Court continue to rely on the pre-application consultation and approval requirements at subsections 7(2) and 21(1) of the CSIS Act? .....	242	F. En cas de suppression d'informations de la demande, la Cour peut-elle encore se fonder sur la consultation et sur l'approbation préalables qu'exigent les paragraphes 7(2) et 21(1) de la Loi sur le SCRS? .....	242
G. Application to [***Case B***] ....	251	G. Application au dossier [***Dossier B***] .....	251
(1) Overview .....	251	1) Aperçu .....	251
(2) The Service [***investigation***].....	253	2) Activités [***d'enquête***] du Service .....	253
(3) Other instances of illegality...	260	3) Autres illégalités.....	260
(4) Illegality and the exclusion of information .....	262	4) Illégalité et exclusion d'informations .....	262
(5) Remaining issues.....	270	5) Autres questions .....	270
(a) The Service's authority to undertake the [***investigation***].....	271	a) Autorisation du Service de mener [***l'enquête***].....	271
(b) [***Electronic communication***].....	275	b) [***Communication électronique***] .....	275



(c) [***Electronic device***].....	283	c) [***Appareil électronique***].....	283
(d) Disclosure of source identity.....	290	d) Communication de l'identité d'une source humaine.....	290
VI. Waiver of solicitor-client privilege ....	299	VI. Renonciation au secret professionnel de l'avocat.....	299
VII. Concluding remarks.....	306	VII. Observations finales.....	306

## I. OVERVIEW

[1] Can a designated judge considering whether to issue a warrant under section 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (CSIS Act) rely on illegally collected information? If yes, what factors should the designated judge take into account? These questions are novel and important.

[2] Whether the Canadian Security Intelligence Service (CSIS or the Service) or its agents have illegally collected information relied on in a warrant application is also highly relevant to the exercise of a designated judge's discretion to issue the warrant or not.

[3] Regrettably, in recent warrant applications, neither the Service nor counsel for the Attorney General of Canada (AGC) brought the issue of illegally collected information to the Court's attention. Instead, the issue surfaced as the result of Justice Simon Noël's inquiries in warrant application [\*\*\*Case A\*\*\*]

[4] The Service's and counsel's failure to identify the issue of information that has been potentially illegally collected—an issue directly relevant to the judicial assessment of the application—calls into question the commitment and ability to comply with the duty of candour. How and why did such a fundamental breach of the duty to fully and frankly disclose to the Court all information relevant to the application occur? What consequences flow from this breach?

## I. APERÇU

[1] Un juge désigné peut-il fonder, sur des informations recueillies illégalement, sa décision de décerner un mandat en vertu de l'article 21 de la *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C- 23 (Loi sur le SCRS)? Dans l'affirmative, quels facteurs devrait-il prendre en considération? Il s'agit de questions inédites et importantes.

[2] La possibilité que le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS ou Service) ou ses agents aient recueilli illégalement des informations ayant servi à étayer la demande de mandats constitue un autre élément extrêmement pertinent quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge désigné de décerner un mandat.

[3] Malheureusement, ni le Service ni l'avocat du procureur général du Canada (procureur général) n'ont porté à l'attention de la Cour la question de la collecte illégale d'informations dans le cadre de demandes de mandats récentes. Elle a plutôt été soulevée par suite de questions posées par le juge Simon Noël relativement à la demande de mandats dans le dossier [\*\*\*Dossier A\*\*\*]

[4] Le fait que le Service et ses avocats n'aient pas soulevé le problème de la possible illégalité de la collecte d'informations, qui a une incidence directe sur le contrôle judiciaire de la demande, remet en question la volonté et la capacité de respecter l'obligation de franchise. Comment et pourquoi un tel manquement aussi fondamental à l'obligation de communiquer à la Cour, pleinement et en toute franchise, toutes les informations touchant à la demande a-t-il pu se produire? Quelles sont les conséquences de ce manquement?

[5] As this proceeding unfolded and the issue of illegality crystalized, the Service advised the Court that it had relied on potentially illegally collected information in at least two other warrant applications: [\*\*\*Case C\*\*\*] before Justice Catherine Kane and [\*\*\*Case D\*\*\*] before Justice Henry Brown. This spawns additional issues. May a designated judge invalidate an issued warrant where it is subsequently discovered that the Service has breached its duty of candour by not disclosing potential illegality? What is the impact upon the retention and use of information collected under a warrant invalidated in these circumstances?

[6] On receiving notice of these issues, Justice Richard Mosley, who at that time was the coordinating judge of designated proceedings, convened an *en banc* hearing in February 2019. This was followed by common issues hearings presided over by the designated judges seized with the three applications impacted by illegality: myself (having taken carriage of [\*\*\*Case A\*\*\*] from Justice Noël), Justice Kane, and Justice Brown. Throughout most of 2019, sitting together but individually seized, we heard evidence and received submissions common to all three applications—namely, the candour breach and the circumstances that permitted it.

[7] Mr. Gordon Cameron and Mr. Matthew Gourlay have been appointed *amici* in [\*\*\*Case B\*\*\*] the *en banc* hearing, and the common issues hearings.

[8] These reasons are lengthy. I begin with a general overview of the proceedings and then provide background relating to (1) the issue of illegality and how it arises in these matters; (2) Service processes where the issue of potentially illegal collection activities should have been identified but was not; and (3) legislative reforms that were pursued to address illegality on a going forward basis. After identifying the numerous legal issues that arise in this matter I then consider each of those

[5] Au cours du déroulement de l'instance, le problème de l'illégalité s'est cristallisé, et le Service a avisé la Cour qu'il avait fondé au moins deux autres demandes de mandats sur des informations susceptibles d'avoir été recueillies illégalement, c'est-à-dire dans les dossiers [\*\*\*Dossier C\*\*\*] (relevant de la juge Catherine Kane) et [\*\*\*Dossier D\*\*\*] (relevant du juge Henry Brown). Ce constat donne lieu à d'autres questions : un juge désigné peut-il invalider un mandat décerné au Service s'il est révélé, par la suite, que celui-ci a manqué à son obligation de franchise en taisant la possibilité que des informations aient été recueillies illégalement? Qu'en est-il de la conservation et de l'utilisation des informations recueillies en vertu d'un mandat ainsi invalidé?

[6] Lorsqu'il a pris connaissance de ces questions, le juge Richard Mosley, qui coordonnait alors les instances désignées, a convoqué une audience en formation plénière en février 2019, qui a été suivie d'audiences portant sur les questions d'intérêt commun présidées par les trois juges désignés saisis des trois demandes touchées par le problème de l'illégalité : moi-même (ayant repris le dossier [\*\*\*Dossier A\*\*\*] du juge Noël), la juge Kane et le juge Brown. Au cours de la majeure partie de l'année 2019, siégeant ensemble, mais chacun saisi de son propre dossier, nous avons pris connaissance d'éléments de preuve et reçu des observations ayant trait aux trois demandes, c'est-à-dire portant sur le manquement à l'obligation de franchise et aux circonstances qui l'ont entraîné.

[7] Messieurs Gordon Cameron et Matthew Gourlay ont été nommés *amici curiae* (*amici*) pour le dossier [\*\*\*Dossier B\*\*\*], l'audience en formation plénière et les audiences sur les questions d'intérêt commun.

[8] Les présents motifs sont très longs. Je commence par donner une vue d'ensemble de l'instance, puis je mets en contexte 1) la question de la collecte illégale et son incidence en l'espèce, 2) les processus qui auraient dû permettre au Service de soulever le problème de l'illégalité possible d'activités de collecte, ainsi que 3) les réformes législatives entreprises pour régler le problème de l'illégalité à l'avenir. Je m'attarde ensuite à chacune des nombreuses questions juridiques soulevées

issues. Finally, I address the specific issues that arise from [\*\*\*Case A\*\*\*] and [\*\*\*Case B\*\*\*].

[9] In the course of these proceedings the Director of the Service waived solicitor-client privilege over legal advice provided to the Service as it related to the issues of Crown immunity and illegality within this context. In the course of oral submissions it was suggested by AGC counsel that the waiver was not entirely voluntary. Although provided the opportunity to do so counsel did not advance further argument in this regard. However, in light of the fundamental importance of solicitor-client privilege I briefly address the circumstances at the conclusion of this judgment.

## II. PROCEEDINGS

[10] The issues before me arise from the Service's application for warrants under sections 12 and 21 of the CSIS Act in furtherance of its investigation of Islamist terrorism and the [\*\*\*] proposed warranted subjects of investigation identified in the style of cause. The Service filed this application in March 2018 under court file [\*\*\*Case A\*\*\*].

### A. [\*\*\*Case A\*\*\*]

[11] Justice Noël was initially seized with this application. In April 2018, he presided over an *ex parte* hearing. There, he identified areas of concern, which included the Service's collection activities described in the supporting affidavit and the reference to one of the [\*\*\*] targets as an [\*\*\*]. In addition, he queried whether funds that the affiant reported had been paid to an individual "could be used for terrorist activities", noting that the "*Criminal Code* talks about that".

[12] Justice Noël was not satisfied with the responses provided to many of his questions. AGC counsel undertook to provide additional information. Ultimately, in considering the application, Justice Noël excluded all information obtained through the collection methods he had questioned or that was related to other identified areas of concern. After doing so, he concluded that

en l'espèce avant de me pencher sur celles qui découlent des dossiers [\*\*\*Dossier A\*\*\*] et [\*\*\*Dossier B\*\*\*].

[9] Au cours de l'instance, le directeur du Service a renoncé au secret professionnel de l'avocat à propos d'avis juridiques donnés au Service quant à l'immunité de l'État et au problème de l'illégalité dans ce contexte. Dans des observations orales, l'avocat du procureur général a laissé entendre que la renonciation n'avait pas été faite entièrement de plein gré. Bien qu'il en ait eu la possibilité, l'avocat n'a pas apporté d'autres précisions à ce sujet. À la fin du jugement, j'aborde brièvement ces circonstances en raison de l'importance primordiale du secret professionnel de l'avocat.

## II. INSTANCES

[10] Les questions dont je suis saisi découlent de la demande de mandats faite par le Service en mars 2018, dans le dossier [\*\*\*Dossier A\*\*\*], en vertu des articles 12 et 21 de la Loi sur le SCRS, dans le cadre de son enquête sur le terrorisme islamiste et les [\*\*\*] cibles des mandats mentionnées dans l'intitulé.

### A. Dossier [\*\*\*Dossier A\*\*\*]

[11] Le juge Noël a d'abord été saisi de la demande dans ce dossier. En avril 2018, il a présidé une audience *ex parte* au cours de laquelle il a soulevé des préoccupations, notamment à propos des activités de collecte du Service mentionnées dans l'affidavit à l'appui et d'allusions à l'une des [\*\*\*] cibles, qui aurait apparemment été une [\*\*\*]. En outre, il a demandé s'il était possible que des sommes qui, selon le déposant, avaient été versées à une personne [TRADUCTION] « aient pu servir à des activités terroristes », soulignant que le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (*Code criminel*), fait état d'une telle situation.

[12] Les réponses données à nombre de ses questions n'ont pas satisfait le juge Noël. L'avocat du procureur général a entrepris de fournir d'autres informations. En fin de compte, dans son examen de la demande, le juge Noël a exclu toute information obtenue grâce aux méthodes qu'il avait remises en question ou qui était liées à d'autres sources de préoccupation. Estimant qu'il restait

sufficient reliable information remained to satisfy the requirements of section 21 of the CSIS Act. Justice Noël issued the warrants, but remained seized of the application for the purpose of dealing with the undertakings.

[13] AGC counsel's response to the undertakings triggered further exchanges with the Court and a case management conference (CMC) was held in May 2018. In June 2018, new AGC counsel assumed carriage of the file and wrote to the Court to acknowledge errors and omissions in the application including the human source précis. To address these, counsel proposed that the Service file a fresh application against the same subjects. Counsel subsequently confirmed that the errors and omissions did not relate to the information that Justice Noël relied on to issue the warrants.

[14] Justice Noël requested that the Chief Justice reassign the matter and I took carriage of the file in June 2018.

[15] In July 2018, in a CMC, AGC counsel confirmed the Service's intention to file a fresh application that would be more complete and address the identified deficiencies of the initial application. Counsel took the position that the fresh application would serve two purposes. It would create a single record of relevant information that had previously been provided in various forms. It would also provide a venue to hear full evidence and argument on the important issues identified in [\*\*\*Case A\*\*\*].

B. [\*\*\*Case B\*\*\*]

[16] In September 2018, the Service filed the fresh application: [\*\*\*Case B\*\*\*]. In October 2018, at the hearing of the application, I concluded that resolution of the outstanding issues from [\*\*\*Case A\*\*\*] was relevant in determining what was to be considered in support of the application. The [\*\*\*Case A\*\*\*] warrants remained in force. I therefore reserved on determining the application pending consideration of the underlying legal issues.

ensuite suffisamment d'informations fiables pour que la demande réponde aux exigences de l'article 21 de la Loi sur le SCRS, le juge Noël a décerné les mandats, mais est demeuré saisi de la demande afin de faire le suivi des engagements.

[13] La réponse aux engagements donnée par l'avocat du procureur général a provoqué d'autres échanges avec la Cour. Une conférence de gestion d'instance a été tenue en mai 2018. En juin 2018, une nouvelle avocate du procureur général a pris le dossier en charge et a reconnu par écrit à la Cour que la demande, y compris le précis des sources humaines, comportait des erreurs et des omissions. En guise de solution, elle a proposé que le Service présente une nouvelle demande contre les mêmes cibles. L'avocate a ensuite confirmé que les erreurs et les omissions ne concernaient pas les informations sur lesquelles le juge Noël s'était fondé pour décerner les mandats.

[14] Le juge Noël a demandé au juge en chef de réassigner l'affaire. En juin 2018, j'ai pris ce dossier en charge.

[15] En juillet 2018, lors d'une conférence de gestion d'instance, l'avocate du procureur général a confirmé l'intention du Service de faire une nouvelle demande qui serait plus complète et corrigerait les lacunes relevées dans la première. L'avocate estimait que cette démarche aurait deux objectifs : rassembler dans le même document les informations pertinentes présentées auparavant sous différentes formes et offrir une tribune permettant de prendre connaissance de l'ensemble de la preuve et des observations sur les questions importantes soulevées dans le dossier [\*\*\*Dossier A\*\*\*]

B. Dossier [\*\*\*Dossier B\*\*\*]

[16] En septembre 2018, le Service a présenté la nouvelle demande, à laquelle le numéro de dossier [\*\*\*Dossier B\*\*\*] a été attribué. En octobre 2018, à l'audition de la demande, j'ai conclu qu'il était pertinent de répondre aux questions en suspens du dossier [\*\*\*Dossier A\*\*\*] pour déterminer quelles informations devaient être prises en considération en appui à la demande. Puisque les mandats décernés dans le dossier [\*\*\*Dossier A\*\*\*] étaient toujours en vigueur, j'ai pris

[17] In November 2018, I heard submissions for the purpose of defining the legal questions arising out of [\*\*\*Case A\*\*\*] and [\*\*\*Case B\*\*\*]. In December 2018, I issued a Direction which set out the issues for the AGC and the *amici* to address. As described below, the candour and illegality issues evolved significantly through January and February of 2019. It became clear that the outstanding issues from [\*\*\*Case A\*\*\*] would require some time to fully address.

[18] In April 2019, I heard updated evidence and submissions in [\*\*\*Case B\*\*\*]. After excluding from consideration the information identified in my Supplemental Order of April 4, 2019, I was satisfied that the remaining evidence met the requirements of section 21 of the CSIS Act. The requested warrants were granted and remained in force until July 5, 2019. In granting the warrants I remained seized of the application for the purpose of addressing the outstanding issues.

### C. Notice to the Court

[19] On January 18, 2019, the Senior General Counsel for the National Security Litigation and Advisory Group (NSLAG)—the group within the Department of Justice responsible for representing and advising the Service—wrote to the Court. The letter advised that in the course of preparing renewal and supplemental applications for warrants the Service realized that some information that was relied on in two separate applications—[\*\*\*Case C\*\*\*] before Justice Kane and [\*\*\*Case D\*\*\*] before Justice Brown—was derived from potentially illegal activities. Warrants had been issued in both applications. The letter also advised that the Service was conducting a review to determine whether this issue arose in other circumstances.

[20] The letter enclosed a document entitled “Interim Direction on the Conduct of Operations Likely Involving the Commission of Criminal Offences”. The Deputy

en délibéré la décision relative à la demande dans l’attente de l’examen des questions juridiques sous-jacentes.

[17] En novembre 2018, j’ai entendu des observations en vue de circonscrire les questions juridiques découlant des dossiers [\*\*\*Dossier A\*\*\*] et [\*\*\*Dossier B\*\*\*]. En décembre 2018, j’ai émis une directive établissant les questions à l’intention du procureur général et des *amici*. Comme il en est question plus loin, les questions relatives à l’obligation de franchise et à l’illégalité ont beaucoup évolué en janvier et en février 2019. Il était devenu manifeste qu’il faudrait du temps pour décor-tiquer les questions en suspens découlant du dossier [\*\*\*Dossier A\*\*\*].

[18] En avril 2019, dans le dossier [\*\*\*Dossier B\*\*\*] j’ai pris connaissance d’éléments de preuve et d’observations mis à jour. Après avoir exclu les informations mentionnées dans mon ordonnance supplémentaire du 4 avril 2019, j’étais convaincu que les éléments de preuve restants répondaient aux exigences de l’article 21 de la Loi sur le SCRS. J’ai décerné les mandats jusqu’au 5 juillet 2019, et je suis demeuré saisi de la demande afin d’assurer le suivi des questions en suspens.

### C. Avis à la Cour

[19] Le 18 janvier 2019, l’avocat général principal du Groupe litiges et conseils en sécurité nationale (GLCSN) — qui, au ministère de la Justice, est chargé de représenter et de conseiller le Service — a écrit à la Cour pour l’aviser que le Service, en préparant des demandes de renouvellement et des demandes supplémentaires relatives aux mandats, avait réalisé que certaines des informations utilisées dans deux demandes distinctes — les dossiers [\*\*\*Dossier C\*\*\*] (relevant de la juge Kane) et [\*\*\*Dossier D\*\*\*] (relevant du juge Brown) — découlaient d’activités susceptibles d’être illégales. Dans les deux cas, le Service s’était vu décerner les mandats demandés. Selon l’avocat général principal, le Service tentait de déterminer si le problème s’était présenté en d’autres circonstances.

[20] Annexé à la lettre se trouvait un document intitulé [TRADUCTION] « Instructions provisoires sur la conduite d’opérations impliquant probablement la

Director Operations for the Service issued this document the day before the Senior General Counsel wrote to the Court. It indicated that the Service would no longer approve operations that were likely illegal—characterized as posing a “high legal risk”—and that the Service would review any such operations that were ongoing to mitigate potential illegality.

D. January 2019 case management conference

[21] In response to the Senior General Counsel’s letter, Justice Mosley, as coordinating judge of designated proceedings at the time, convened a CMC on January 21, 2019. The CMC was conducted by him and Justice Kane as Chief Justice Crampton, Justice Brown and I were not in Ottawa at that time. The Senior General Counsel for the NSLAG appeared on behalf of the Service. He confirmed that the illegality involved conduct by the Service or human sources acting on its direction that was likely contrary to the anti-terrorism provisions of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46; that the Service had isolated in its databases information collected under the authority of the warrants issued by Justice Kane and Justice Brown; that although collection in these matters was ongoing, information collected under the warrants was being reviewed only to the extent necessary to determine if it disclosed an imminent danger; and that the Service was conducting a review to determine if information relied on to obtain any other active warrants had been collected through illegal activity.

E. En banc hearing

[22] Further to the January 18 letter and the January 21 CMC, on January 29, 2019, Justice Mosley ordered an *en banc* hearing. In doing so, he noted the illegality issues identified by the Service and additional affidavit evidence filed in [\*\*\*Case B\*\*\*] on January 25, 2019.

[23] The additional evidence in [\*\*\*Case B\*\*\*] included two affidavits of documents that impact upon the broader issues that arise in this matter.

commission d’infractions criminelles », produit la veille par la sous-directrice des Opérations du Service. Selon le document, le Service n’allait plus approuver d’opérations probablement illégales, car elles comportaient des « risques juridiques élevés », et allait examiner toute opération de cette nature en cours afin d’en atténuer l’éventuel caractère illégal.

D. Conférence de gestion d’instance de janvier 2019

[21] En réaction à la lettre de l’avocat général principal, le juge Mosley, en sa qualité — à l’époque — de coordonnateur des instances désignées, a convoqué une conférence de gestion d’instance le 21 janvier 2019 qu’il a co-présidé avec la juge Kane, car le juge en chef Crampton, le juge Brown et moi-même étions à l’extérieur de la ville à ce moment. L’avocat général principal du GLCSN y a représenté le Service. Il a confirmé que des gestes posés par le Service ou des sources humaines agissant pour son compte avaient probablement contrevenu aux dispositions antiterroristes du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, que le Service avait isolé dans ses bases de données les informations recueillies en vertu des mandats décernés par la juge Kane et le juge Brown, que les informations recueillies dans le cadre des activités de collecte en cours étaient uniquement examinées dans la mesure nécessaire pour déterminer si elles faisaient état d’un danger imminent, et que le Service tentait de déterminer si des informations utilisées pour obtenir d’autres mandats en vigueur découlaient d’activités illégales.

E. Audience en formation plénière

[22] Le 29 janvier 2019, par suite de la lettre du 18 janvier et de la conférence de gestion d’instance du 21 janvier, le juge Mosley a convoqué une audience en formation plénière, soulignant au passage les problèmes d’illégalité soulevés par le Service et signalant que de nouveaux affidavits avaient été présentés le 25 janvier 2019 dans le dossier [\*\*\*Dossier B\*\*\*]

[23] Les nouveaux éléments de preuve dans le dossier [\*\*\*Dossier B\*\*\*] comprenaient deux affidavits de documents qui avaient une incidence sur les grandes questions en l’espèce.



[24] The first stated that the Director of the Service had waived solicitor-client privilege over six documents containing legal opinions addressing whether the Service benefited from Crown immunity. Attached as exhibits are three of those opinions. Notably: one opinion from January 2017 and another opinion from January 2019, both of which conclude that the Service could not breach the *Criminal Code* under the guise of Crown immunity.

[25] The second included the remaining three legal opinions over which solicitor-client privilege has been waived. These opinions are embedded in the documentation that evidences the Service's review and approval of operations involving human sources.

[26] On February 21, 2019, the *en banc* hearing proceeded before all available designated judges. Those judges seized with the applications in issue presided to the extent that the *en banc* engaged questions relating specifically to those applications. At the outset of the hearing, the Chief Justice explained that the Court's goal was to gain an understanding of the "broader issues" common to all three applications and the "potential implications" of these issues for other warrants.

[27] The *en banc* hearing confirmed that candour and illegality issues were common to the matters before myself, Justice Kane, and Justice Brown, and that evidence would be required to address the common issues. AGC counsel advised that it would file additional evidence to provide detail on the issue of illegality in each file, and to address the state of knowledge in both the Service and the Department of Justice in respect of that illegality.

#### F. Chief Justice's initial direction

[28] After the *en banc* hearing, the Chief Justice issued a Direction as an initial response to the Court's candour concerns and to highlight the importance of the duty of candour. The Direction reiterates that the Service is bound by the duties of candour and utmost good faith and notes that the evidence as disclosed to that point suggested that the non-disclosure reported in the January 18

[24] Selon le premier, le directeur du Service avait renoncé au secret professionnel de l'avocat quant à six avis juridiques traitant de la possibilité que le Service bénéficie de l'immunité de l'État. Trois de ces avis y étaient annexés à titre de pièces, dont deux, datés de janvier 2017 et de janvier 2019, concluaient que le Service ne pouvait pas enfreindre le *Code criminel* sous le couvert de l'immunité de l'État.

[25] Le second faisait état des trois autres avis juridiques pour lesquels le Service avait renoncé au secret professionnel de l'avocat. Ces avis font partie intégrante de documents démontrant l'examen et l'approbation, par le Service, d'opérations impliquant des sources humaines.

[26] L'audience en formation plénière a eu lieu le 21 février 2019 en présence de tous les juges désignés disponibles. Les juges saisis des demandes en l'espèce en ont assuré la présidence lorsque les questions les concernant spécifiquement ont été abordées. D'entrée de jeu, le juge en chef a expliqué que la Cour cherchait à mieux comprendre les [TRADUCTION] « grandes questions » communes aux trois demandes, ainsi que leurs « répercussions possibles » sur d'autres mandats.

[27] L'audience a permis de confirmer que les problèmes relatifs à l'obligation de franchise et à l'illégalité touchaient aux affaires dont la juge Kane, le juge Brown et moi-même étions saisis, et qu'il faudrait des éléments de preuve pour les aborder. L'avocat du procureur général a précisé qu'il allait déposer de nouveaux éléments de preuve donnant des détails sur le problème de l'illégalité dans chaque dossier et faisant le point sur l'état des connaissances en la matière, tant au Service qu'au ministère de la Justice.

#### F. Directive initiale du juge en chef

[28] Après l'audience, le juge en chef a émis une directive se voulant une réponse initiale aux préoccupations de la Cour quant à l'obligation de franchise et soulignant l'importance de cette dernière. Dans sa directive, le juge en chef a réitéré que le Service était assujéti aux obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue et a souligné que la preuve présentée jusqu'alors donnait

letter may be symptomatic of systemic failings within the Service and the Department of Justice. The Direction requires that specific candour-related statements, including a declaration, where accurate, that information relied on in an application had not been obtained as the result of any activity that raised a real concern of illegality be included by affiants in supporting affidavits. The Direction also required the addition of specific recitals relating to the duty of candour in all draft warrants placed before the Court.

[29] In April 2019, the Senior General Counsel for the NSLAG wrote to the Court in response to the Direction. He confirmed the Service's intent to comply with the spirit of the Direction but expressed concerns with the wording of the candour-related statements. He proposed to file amendments for the Court's consideration. He also advised that a practice direction would issue to NSLAG counsel addressing the Chief Justice's concerns. In April 2019, that practice direction was provided to the Court. It stated, in part:

Warrant applications will not rely on information derived from unlawful activity of the Service or its sources. Where unlawful activity occurs it must be brought to the Court's attention in warrant applications so that the Court may fully assess any circumstances which might reasonably be expected to have a bearing on the Court's discretion to issue the warrant. Where there may be doubt as to whether any activity undertaken is lawful, that activity should be drawn to the Court's attention.

[30] In September 2019, the Senior General Counsel for the NSLAG issued a second practice direction addressing the disclosure of information regarding human sources in warrant applications.

[31] Recently, after further direction from the Chief Justice, submissions and proposed amendments addressing the expressed concerns of the Service with the prescribed wording in the Chief Justice's Direction were filed. The direction and its implementation remain before the Chief Justice and nothing in this judgment overtakes or reverses the Chief Justice's Direction or the questions

à penser que le cas de non-communication signalé dans la lettre du 18 janvier pouvait être un symptôme de défaillances systémiques au Service et au ministère de la Justice. Le juge en chef a exigé en outre que les déposants fassent figurer des éléments d'énoncé portant sur l'obligation de franchise dans les affidavits à l'appui, notamment, s'il y a lieu, une déclaration attestant que les informations sur lesquelles se fonde la demande n'ont pas été obtenues au moyen d'activités soulevant de réelles préoccupations sur le plan de l'illégalité. Dans sa directive, il a aussi exigé l'ajout d'éléments ayant trait à l'obligation de franchise dans l'énoncé de chaque ébauche de mandats soumise à la Cour.

[29] En avril 2019, l'avocat général principal du GLCSN a répondu par écrit à la Cour. Il a confirmé l'intention du Service de se conformer à l'esprit de la directive, mais a exprimé des préoccupations quant au libellé des énoncés concernant l'obligation de franchise. Il a proposé de présenter des modifications à l'attention de la Cour et a informé celle-ci que des instructions de procédure seraient données aux avocats du GLCSN relativement aux préoccupations du juge en chef. En avril 2019, ces instructions ont été communiquées à la Cour. En voici un extrait.

[TRADUCTION] Le Service ne fondera pas ses demandes de mandats sur des informations découlant d'activités illégales menées par lui-même ou ses sources. Dans les demandes de mandats, le Service doit porter à l'attention de la Cour toute activité illégale ou dont la légalité pourrait être mise en doute, et ce, pour que celle-ci puisse évaluer pleinement toute circonstance pouvant raisonnablement avoir une incidence sur sa décision de décerner le mandat.

[30] En septembre 2019, l'avocat général principal du GLCSN a donné d'autres instructions de procédure traitant de la communication d'informations relatives à des sources humaines dans les demandes de mandats.

[31] Récemment, par suite d'une autre directive du juge en chef, des observations et des propositions de modifications visant à répondre aux préoccupations du Service quant aux libellés proposés ont été présentées. Le juge en chef demeure saisi de la directive et de sa mise en œuvre, et rien dans le présent jugement n'invalide ni ne renverse la directive du juge en chef ni

arising from it that are now being considered with the benefit of submissions from *amicus curiae* appointed by the Chief Justice.

#### G. Common issues hearings

[32] The initial application in [\*\*\*Case A\*\*\*] has resulted in protracted proceedings before the Court. The evidence in each of the three applications [\*\*\*Case C\*\*\*], [\*\*\*Case B\*\*\*] and [\*\*\*Case D\*\*\*] and in [\*\*\*Case A\*\*\*] formed part of the record in the common issues proceedings. As the hearings unfolded, additional evidence of potential relevance was identified. The result was the production of documentation, the filing of additional affidavit evidence and the scheduling of additional witnesses as the proceedings unfolded. This included the filing of additional affidavit evidence and the hearing of witnesses after oral submissions were received in June 2019.

[33] In [\*\*\*Case B\*\*\*] and the common issues proceedings a total of 14 affiants placed evidence before the Court. These included senior officials within the Service and the Department of Justice, current and former. A number of affiants have filed multiple supplementary affidavits. Of the 14 affiants, 11 appeared before the Court for examination and cross-examination by the *amici*. Each of the required affiants appeared upon request, no subpoenas were issued. Three affiants sought and were granted limited standing in the hearings which included the right to make limited written submissions. In each instance written submissions were provided.

[34] The Court presided over case management hearings and sat to hear evidence or receive oral submissions on 24 days. The final oral hearing took place on November 1, 2019, and the final written submissions were filed with the Registry on November 28, 2019. A further affidavit was filed by the Service on March 23, 2020, providing the Court with a copy of a recently completed review undertaken to address the use of human source information in [\*\*\*Case D\*\*\*]. I briefly address this report in my concluding remarks.

les questions qui en découlent et qui sont maintenant à l'étude à la lumière des observations de l'*amicus curiae* nommé par le juge en chef.

#### G. Audiences sur les questions d'intérêt commun

[32] La demande originale au dossier [\*\*\*Dossier A\*\*\*] a donné lieu à une très longue instance devant la Cour. La preuve déposée dans chacun des trois dossiers [\*\*\*Dossier C, Dossier B\*\*\*] et [\*\*\*Dossier D\*\*\*] ainsi que dans le dossier [\*\*\*Dossier A\*\*\*] constitue une partie du dossier de l'instance sur les questions d'intérêt commun. Au fil des audiences, de nouveaux éléments de preuve jugés pertinents ont été reconnus, ce qui a entraîné la production de documents, le dépôt d'affidavits supplémentaires et l'audition de témoins, notamment après l'audition d'observations orales en juin 2019.

[33] Au total, quatorze déposants ont comparu relativement au dossier [\*\*\*Dossier B\*\*\*] et lors des audiences sur les questions d'intérêt commun. Il s'agissait de cadres supérieurs anciens et actuels du Service et du ministère de la Justice. Quelques-uns d'entre eux ont présenté plusieurs affidavits supplémentaires. Onze des quatorze déposants ont livré des témoignages et été contre-interrogés par les *amici*. Chacun d'eux a accepté de témoigner sur demande sans qu'il soit nécessaire de délivrer d'assignation à comparaître. Trois déposants ont demandé et se sont vu accorder qualité restreinte pour comparaître, et tous trois ont déposé de brèves représentations écrites, comme ils en avaient le droit.

[34] Pendant 24 jours, la Cour a présidé des conférences de gestion d'instances et a entendu témoignages et observations orales. La dernière d'audience a été le 1<sup>er</sup> novembre 2019, et les dernières observations écrites ont été déposées au greffe le 28 novembre 2019. Le 23 mars 2020, le Service a présenté un affidavit supplémentaire comprenant une copie du rapport d'un examen récent sur l'utilisation d'informations provenant de sources humaines dans le dossier [\*\*\*Dossier D\*\*\*]. J'aborde brièvement ce rapport dans mes observations finales.

[35] A summary of the proceedings in [\*\*\*Case B\*\*\*] and in the common issues proceeding, including a listing of affiants identified by position, the dates affidavits were filed and the dates the Court sat are set out in Annex A, Appendices 1 through 4 for ease of reference. Annex A, Appendices 5 and 6 lists the more significant legal opinions over which privilege was waived and identifies Security Intelligence Review Committee (SIRC) Reports relevant to the issues.

### III. BACKGROUND

#### A. How did the issue of illegality arise?

##### (1) *The Service must act within the law*

[36] The Service’s mandate under the CSIS Act is to investigate threats to the security of Canada (subsection 12(1)). This includes the threat of terrorism posed by individuals or groups who are prepared to threaten or use violence for political, religious or ideological reasons (paragraph (c) of the definition of “threats to the security of Canada” at section 2). The successful fulfillment of the Service’s counter-terrorism mandate is challenging and the consequences of failure are significant. In pursuing its mandate, the Service must identify and obtain access to those who may pose a threat to Canada’s security. To do so, the Service uses a variety of tools. Despite the importance of the Service’s national security function, the tools available to it are not unlimited.

[37] The Service is limited by what the *amici* have aptly described as its “foundational commitment” to collect intelligence within the bounds of the law. This commitment is rooted in the 1981 McDonald Commission Report, a report that was instrumental in the development of the CSIS Act. It reads:

... the rule of law must be observed in all security operations. Several meanings have been given to this phrase. The meaning which we have in mind is that expressed by the English writer, A. V. Dicey, when he wrote that

... every man, whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable

[35] À titre informatif, un résumé de l’instance dans le dossier [\*\*\*Dossier B\*\*\*] et de celle sur les questions d’intérêt commun, une liste des déposants selon leur titre, les dates de dépôt des affidavits ainsi que les dates d’audiences se trouvent à l’annexe A, aux appendices 1 à 4. Les appendices 5 et 6 dressent la liste des principaux avis juridiques pour lesquels il y a eu renonciation au secret professionnel de l’avocat ainsi que des rapports du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS) ayant trait aux questions soulevées.

### III. CONTEXTE

#### A. À quoi est attribuable le problème de l’illégalité?

##### 1) *Le Service doit agir dans le respect de la loi*

[36] En vertu du paragraphe 12(1) de la Loi sur le SCRS, le Service a le mandat d’enquêter sur les menaces pour la sécurité du Canada, notamment la menace terroriste que constituent des personnes ou des groupes prêts à recourir aux menaces ou à la violence à des fins politiques, religieuses ou idéologiques, c’est-à-dire l’alinéa c) de la définition de « menaces envers la sécurité du Canada » donnée à l’article 2. Le mandat antiterroriste du Service est difficile à exécuter, et l’échec a des conséquences importantes. Pour s’acquitter de cette tâche, le Service doit repérer les personnes qui représentent une menace pour la sécurité du Canada et obtenir l’accès auprès d’elles. Pour ce faire, il a recours à une gamme d’outils qui n’est toutefois pas illimitée, malgré l’importance de son rôle en matière de sécurité nationale.

[37] Le Service est restreint par ce que les *amici* ont appelé à juste titre son [TRADUCTION] « engagement fondamental » envers la collecte légale de renseignements. Cet engagement tire son origine du rapport de la Commission McDonald de 1981, qui a eu un rôle prépondérant dans l’élaboration de la Loi sur le SCRS.

[...] la règle de droit doit être respectée dans toutes les opérations de sécurité. Cette expression a donné lieu à diverses interprétations mais retenons le sens qu’en donne l’auteur anglais, A. V. Dicey, lorsqu’il écrit :

[...] ici, chacun, quel que soit son rang ou sa condition, tombe sous le coup de la loi ordinaire du royaume et

to the jurisdiction of the ordinary tribunals . . . . With us every official, from the Prime Minister down to a constable or a collector of taxes, is under the same responsibility for every act done without legal justification as any other citizen.

In our context this means that policemen and members of a security service, as well as the government officials and ministers who authorize their activities, are not above the law. Members of the security organization must not be permitted to break the law in the name of national security. If those responsible for security believe that the law does not give them enough power to protect security effectively, they must try to persuade the law-makers, Parliament and the provincial legislatures, to change the law. They must not take the law into their own hands. This is a requirement of a liberal society. It is, therefore, unacceptable to adopt the view, which we have found expressed within the R.C.M.P., that when the interests of national security are in conflict with the freedom of the individual, the balance to be struck is not for the court of law but for the executive. . . .

(Canada, Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police, *Second Report: Freedom and Security Under the Law*, Vol. 1, Part II, (Ottawa: Privy Council Office, 1981) (McDonald Commission Report), at page 45, paragraph 21. (Also see Vol. 2, Part VI, at page 737, paragraph 135.) (Emphasis added; footnotes omitted.)

[38] Various provisions of the CSIS Act are consistent with the McDonald Commission Report's view that "the rule of law must be observed in all security operations" (subsection 12.1(3.4) and sections 20, 21). The jurisprudence also affirms the Service's obligation to uphold the rule of law. In *X (Re)*, 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567, Justice Noël wrote that "the CSIS Act must be interpreted cautiously to ensure minimal infringement of our most fundamental liberties, while ensuring that the rule of law is upheld" (paragraphs 22–26; also see *X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396 (*Associated Data*), at paragraphs 129–132).

ressortit à la juridiction des tribunaux ordinaires [...]. Pour nous, tout serviteur de l'État, du premier ministre au simple agent de police ou percepteur d'impôt, doit répondre comme tout autre citoyen des actes posés sans justification légale.

Quant à nous, cela signifie que les policiers et les membres d'un service de sécurité, de même que les hauts fonctionnaires et ministres qui les autorisent à agir, ne sont pas au-dessus des lois. Les membres du Service de sécurité ne devraient pas être libres d'enfreindre la loi au nom de la sécurité nationale. S'ils estiment que la loi ne leur accorde pas suffisamment de pouvoirs pour assurer la sécurité de l'État, les responsables de la sécurité doivent tenter de convaincre les législateurs, en l'occurrence le Parlement et les assemblées législatives des provinces, de modifier la loi. Ils doivent éviter d'y passer outre. C'est là une condition de toute société libérale. Il serait donc inacceptable de souscrire à l'opinion qui, à notre connaissance, a été exprimée au sein de la GRC et selon laquelle il n'appartient pas à un tribunal mais à l'Exécutif, lorsqu'il y a un conflit, de concilier les exigences de la sécurité nationale et la liberté de l'individu.

(Bureau du Conseil privé du Canada, Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, *Deuxième rapport : La liberté et la sécurité devant la loi*, vol. 1, partie II, 1981 (rapport de la Commission McDonald), aux pages 45 et 46; voir aussi le vol. 2, partie VI, à la page 776, au paragraphe 135) (Non souligné dans l'original; renvois omis.)

[38] Diverses dispositions de la Loi sur le SCRS concordent avec l'opinion exprimée dans le rapport de la Commission McDonald, soit que « la règle de droit [la primauté du droit] doit être respectée dans toutes les opérations de sécurité » (paragraphes 12.1(3.4); articles 20 et 21). En outre, la jurisprudence confirme que le Service est tenu de respecter la primauté du droit. Dans la décision *X (Re)*, 2018 CF 738, [2019] 1 R.C.F. 567, le juge Noël a écrit que « la Loi sur le SCRS [doit] être interprété[e] avec prudence pour garantir une atteinte minimale à nos libertés les plus fondamentales, tout en veillant à ce que la primauté du droit soit respectée » (aux paragraphes 22 à 26; voir aussi *X (Re)*, 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396 (*Données connexes*), aux paragraphes 129 à 132).

[39] The Minister may issue written directions, commonly referred to as Ministerial Directions, to the Director of the Service regarding the control and management of the Service (CSIS Act, subsections 6(1)–6(2)). The Minister has exercised this authority in the form of a Direction relating to the conduct of Service operations and accountability (Ministerial Direction for Operations and Accountability, approved by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness on July 31, 2015, replacing the 2008 Ministerial Direction on Operations and the 2001 Ministerial Direction on Responsibility and Accountability (2015 Ministerial Direction)). The 2015 Ministerial Direction identifies observance of the rule of law as the lodestar in guiding the conduct of Service operations. The 2015 Ministerial Direction states:

The Government and the people of Canada expect a high level of performance by the Canadian Security Intelligence Service (the Service) in discharging its responsibilities under the *Canadian Security Intelligence Services Act (CSIS Act)*. It is also expected that the Service will perform its duties and functions with due regard to the rule of law and respect for the rights and freedoms guaranteed under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Pursuant to subsection 6(2) of the CSIS Act, I have issued the following direction to describe my expectations in relation to the conduct of the operations by the Service.

#### FUNDAMENTAL PRINCIPLES

The following fundamental principles will guide all Service operations:

- The rule of law must be observed[.] [Emphasis added.]

[40] Thus, the McDonald Commission Report, the CSIS Act, the jurisprudence, and the 2015 Ministerial Direction all compel the Service to operate according to law.

#### (2) *The Crown immunity doctrine*

[41] The gathering of intelligence in furtherance of the investigation of terrorist threats to Canada presents significant operational challenges. Not surprisingly observance of the rule of law, particularly where the law

[39] Le ministre peut émettre à l'intention du directeur du Service des directives écrites, communément appelées « instructions du ministre », portant sur la gestion de l'organisation (paragraphe 6(1) et (2) de la Loi sur le SCRS). Le ministre a exercé ce pouvoir au sujet de la conduite des opérations et de la responsabilité du Service (*Instructions du ministre sur les opérations et la reddition de comptes* (instructions du ministre de 2015), approuvées le 31 juillet 2015 par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, qui remplacent les instructions du ministre de 2008 sur les opérations ainsi que celles de 2001 sur la responsabilité et la reddition de comptes). Selon les instructions du ministre de 2015, le respect de la primauté du droit est le principe directeur de la conduite des opérations du Service.

Le gouvernement et la population du Canada s'attendent à ce que le Service canadien du renseignement de sécurité (le Service) assume efficacement les responsabilités qui lui sont conférées en vertu de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Loi sur le SCRS)*. Ils s'attendent également à ce que le Service exerce ses fonctions dans le respect de la primauté du droit et des droits et libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Conformément au paragraphe 6(2) de la Loi sur le SCRS, je donne les instructions qui suivent concernant mes attentes envers le Service en ce qui a trait à la réalisation de ses activités.

#### PRINCIPES FONDAMENTAUX

Toutes les activités du Service reposent sur les principes fondamentaux suivants :

- La primauté du droit est respectée. [Non souligné dans l'original.]

[40] Ainsi, le rapport de la Commission McDonald, la Loi sur le SCRS, la jurisprudence et les instructions du ministre de 2015 contraignent le Service à mener ses activités dans le respect de la loi.

#### 2) *Le principe de l'immunité de l'État*

[41] La collecte de renseignements visant à faire progresser l'enquête sur les menaces terroristes qui pèsent sur le Canada comporte d'importants défis opérationnels. Sans surprise, il arrive que le respect de la primauté



evolves or changes may, at times, exacerbate the already challenging circumstances in which the Service and its leadership must operate. This occurred in the aftermath of the 2001 terrorist attacks in the United States.

[42] Following those attacks, Parliament passed the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001 c. 41 (*Anti-terrorism Act*). The *Anti-terrorism Act* expanded the scope of terrorism offences under the *Criminal Code*. (Part II.1 [sections 83.01–83.33] of the *Criminal Code* is reproduced at Annex B to these reasons for reference.) Among other things, it criminalized the provision of “property or financial services or other related services” for the purpose of benefiting any person facilitating or carrying out any terrorist activity or knowing that doing so would benefit a terrorist group (*Criminal Code*, section 83.03). This posed a difficulty for the Service in that gaining access to the subjects of national security terrorism investigation at times requires the provision of money or property to these individuals. The *Anti-terrorism Act* amendments did not exempt the Service from the expanded terrorism provisions. Neither did the CSIS Act as it existed in 2001.

[43] This raised the possibility of criminal liability attaching to certain of the Service’s activities. Relying on the Crown immunity doctrine, the Service, on the AGC’s advice, concluded that criminal liability did not arise in these circumstances.

[44] The Crown immunity doctrine creates a presumption that the Crown is not bound by statute unless the statute expressly states that it binds the Crown; the statute clearly intends to bind the Crown; or the statute would be frustrated, or an absurdity would result, if it did not bind the Crown (*Alberta Government Telephones v. (Canada) Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1989] 2 S.C.R. 225, at page 281, (1989), 61 D.L.R. (4th) 193). This principle is reflected in section 17 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985 c. I-21. Thus, in the Service’s view, it was in a position to conduct activities in carrying out its mandate that on their

du droit, surtout lorsque la législation évolue ou subit des modifications, complique le contexte dans lequel le Service et ses dirigeants doivent mener leurs activités, notamment dans la foulée des attentats terroristes perpétrés en 2001 aux États-Unis.

[42] À la suite de ces attentats, le législateur a adopté la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, qui a eu pour effet d’élargir la portée des infractions de terrorisme mentionnées dans le *Code criminel* (à titre de référence, la partie II.1 [articles 83.01 à 83.33] du *Code criminel* constitue l’annexe B des présents motifs). Entre autres, la *Loi antiterroriste* a criminalisé la fourniture et la prestation de biens ou de services financiers ou connexes, soit dans l’intention d’en faire bénéficier toute personne qui se livre à une activité terroriste ou la facilite, soit en sachant qu’un groupe terroriste en bénéficiera (article 83.03 du *Code criminel*). Cette disposition a compliqué la tâche du Service. En effet, gagner l’accès auprès de cibles d’enquêtes de sécurité nationale portant sur le terrorisme exige parfois de fournir de l’argent ou des biens à de telles personnes. Ni les modifications apportées par la *Loi antiterroriste* ni la Loi sur le SCRS telle qu’elle était libellée en 2001 n’exemptaient le Service de se conformer aux dispositions élargies sur le terrorisme.

[43] Partant, certaines des activités du Service pouvaient impliquer une responsabilité criminelle. S’appuyant sur le principe de l’immunité de l’État et conseillé par le procureur général, le Service a conclu qu’aucune responsabilité criminelle n’était en cause dans ces circonstances.

[44] Le principe de l’immunité de l’État établit la présomption selon laquelle l’État n’est pas assujéti aux lois, sauf à celles qui précisent expressément qu’elles lient l’État, dont l’intention manifeste est de lier l’État, ou qui seraient inefficaces ou donneraient lieu à une absurdité si l’État n’était pas lié (*Alberta Government Telephones c. (Canada) Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1989] 2 R.C.S. 225, à la page 281). Ce principe est exprimé à l’article 17 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21. Partant, le Service estimait être en mesure de mener des activités qui, à première vue, contrevenaient au *Code criminel*,

face contravened the *Criminal Code* on the basis that Crown immunity shielded Service employees and human sources from criminal liability and therefore allowed it to operate within the law.

(3) *The evolution of legal advice*

[45] The Crown immunity doctrine had been a topic of longstanding discussion and concern between the Service and the Department of Justice. This discussion initially took place in light of the Supreme Court of Canada's decision in *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, (1999), 43 O.R. (3d) 256 (*Campbell*) which addressed the doctrine of Crown immunity in the law enforcement context. There, the Supreme Court held that police officers posing as drug sellers and offering to sell drugs to senior members of a drug trafficking ring had broken the law and did not benefit from Crown immunity. In response, Parliament created a statutory regime through which police officers could obtain pre-authorization to commit otherwise illegal acts in furtherance of a valid law enforcement objective (*Criminal Code*, section 25.1). This regime does not extend to CSIS, its employees or its human sources.

[46] In April 2002, after the passage of the *Anti-terrorism Act*, the Department of Justice generated an opinion addressing whether the Crown was bound by the amendments to the *Criminal Code*. This opinion relied on the Crown immunity doctrine in expressing the general view that the *Criminal Code* provisions passed under the *Anti-terrorism Act* do not bind the Crown. The opinion noted that the case relied on to support this opinion—*Canadian Broadcasting Corp. v. Attorney General (Ontario)*, [1959] S.C.R. 188, (1959), 16 D.L.R. (2d) 609—is dated, and that “it is not entirely clear that the Supreme Court would arrive at the same decision today if a case were to raise squarely the issue”.

[47] In 2004, the Service requested advice from its Department of Justice Legal Services Unit (now the NSLAG and referred to throughout as the NSLAG) on the potential liability of human sources and their handlers who may engage in activities which on their face contravene the *Criminal Code*'s anti-terrorism

puisque l'immunité de l'État dégageait ses employés et sources humaines de toute responsabilité criminelle et lui permettait donc d'agir légalement.

3) *L'évolution des avis juridiques*

[45] Depuis longtemps, le principe de l'immunité de l'État fait l'objet de discussions et soulève des préoccupations entre le Service et le ministère de la Justice. Le débat a été lancé dans la foulée de l'arrêt *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565 (*Campbell*), dans lequel la Cour suprême du Canada traitait du principe de l'immunité de l'État dans le contexte de l'application de la loi. La Cour suprême a conclu que des policiers qui s'étaient fait passer pour des vendeurs de drogue et qui avaient offert de vendre leur produit à des dirigeants d'une organisation de trafic de drogue avaient enfreint la loi et ne bénéficiaient pas de l'immunité de l'État. En réaction, le législateur a créé un régime légal permettant aux policiers d'obtenir au préalable l'autorisation de commettre des actes par ailleurs illégaux dans un objectif valable d'exécution de la loi (article 25.1 du *Code criminel*). Ce régime ne s'applique pas au Service, à ses employés, ni à ses sources humaines.

[46] En avril 2002, après l'adoption de la *Loi anti-terroriste*, le ministère de la Justice a produit un avis étudiant la possibilité que l'État soit lié par les modifications au *Code criminel*. Selon cet avis, conformément au principe de l'immunité de l'État, de manière générale, l'État n'était pas lié par les dispositions ajoutées au *Code criminel* par la *Loi antiterroriste*. L'avis soulignait toutefois que l'arrêt cité en appui — *Canadian Broadcasting Corp. v. Attorney General (Ontario)*, [1959] R.C.S. 188 — était désuet, et [TRADUCTION] qu'« il n'[était] pas totalement manifeste que la Cour suprême en arriverait aujourd'hui aux mêmes conclusions si la question était expressément soulevée dans le cadre d'une affaire ».

[47] En 2004, le Service a demandé conseil à sa Sous-section des services juridiques relevant du ministère de la Justice (il s'agit maintenant du GLCSN; il en est fait mention sous cette appellation dans les présentes) quant à la responsabilité éventuelle de sources humaines et de leurs officiers traitants qui pourraient mener des activités

provisions. The NSLAG concluded that Crown immunity shields the Service's human sources and their handlers from criminal responsibility. This opinion relied on the 2002 opinion. It also reiterated the caveats contained in that opinion, cautioning that Crown immunity should not be seen as a panacea for potentially illegal actions in furtherance of the Service's mandate. It suggested legislative reform be considered to resolve the uncertainty.

[48] In an April 2005 email exchange between NSLAG counsel and senior Service officials, counsel provided advice to the same effect, characterizing it as the Department of Justice's "official position." NSLAG counsel went on to express the view that the 2002 opinion is weak, citing a lack of academic and recent judicial support for the Crown immunity doctrine.

[49] The former Senior General Counsel for the NSLAG gave evidence to the effect that the issue arose throughout her nine-year tenure, between 2009 and 2018. In early 2011, she initiated work within the NSLAG to generate a discussion paper on the topic. By April 2013, this work culminated in another legal opinion. This opinion concluded that the likelihood of the Service successfully relying on Crown immunity was low and recommended a legislative solution. The opinion highlighted that the Ministerial Direction then in effect required that "the rule of law must be observed" and that human sources were to carry out tasks on behalf of the Service "without engaging in illegal activities". The opinion concluded that these factors would make it difficult to carry out illegal acts required to achieve mandated objectives.

[50] In September 2013, the Senior General Counsel for the NSLAG placed the 2013 opinion before a meeting of the Service's Litigation Committee. On review of the opinion, the Committee decided to explore the possibility of requesting an amendment to the Ministerial Direction to reflect the availability of Crown immunity and to document proposed legislative changes to ensure

qui, à première vue, contreviennent aux dispositions antiterroristes du *Code criminel*. Le GLCSN a conclu que l'immunité de l'État dégageait les sources humaines du Service et leurs officiers traitants de toute responsabilité criminelle. Cet avis était fondé sur celui de 2002, dont il a aussi repris les mises en garde, à savoir que l'immunité de l'État ne saurait être considérée comme un « remède miracle » aux actes susceptibles d'être illégaux devant permettre au Service d'exécuter son mandat. Le GLCSN y conseillait de procéder à une réforme législative pour dissiper l'incertitude à ce sujet.

[48] En avril 2005, dans un échange de courriels entre des cadres supérieurs du Service et des avocats du GLCSN, ces derniers ont donné des conseils de même nature, qualifiant cette vision des choses de [TRADUCTION] « position officielle » du ministère de la Justice. Selon les avocats du GLCSN, l'avis de 2002 avait peu de valeur, et le principe de l'immunité de l'État souffrait de l'absence d'appuis au sein de la communauté universitaire et d'appuis récents dans le milieu judiciaire.

[49] Selon le témoignage de l'ancienne avocate générale principale du GLCSN, la question a été soulevée au cours de son mandat de neuf ans, de 2009 à 2018. Au début de 2011, elle a entrepris des travaux visant la rédaction d'un document de réflexion sur la question au sein du GLCSN. En avril 2013, cette démarche a donné lieu à un nouvel avis juridique selon lequel il était peu probable que le Service invoque avec succès l'immunité de l'État et qui recommandait une solution législative. Dans l'avis, le GLCSN soulignait que les instructions du ministre en vigueur exigeaient que le Service respecte la primauté du droit et que ses sources humaines mènent pour son compte des activités exemptes d'actes illégaux. Le GLCSN concluait que ces facteurs rendraient difficile la commission d'actes illégaux nécessaires à l'atteinte d'objectifs liés au mandat.

[50] En septembre 2013, l'avocate générale principale du GLCSN a soumis l'avis de 2013 au Comité des litiges du Service. Après en avoir pris connaissance, le Comité a décidé d'envisager de faire modifier les instructions du ministre afin qu'elles tiennent compte de la possibilité d'invoquer l'immunité de l'État, et de documenter les mesures législatives proposées pour assurer

the Service was in a position to proceed with legislative reform if given the opportunity. It appears, as noted later in these reasons, that an amendment to the Ministerial Direction reflecting the availability of Crown immunity was pursued in 2015 without success.

[51] In its 2014–2015 Annual Report, SIRC [*SIRC Annual Report 2014–2015: Broader Horizons: Preparing the Groundwork for Change in Security Intelligence Review*]—charged with ensuring that CSIS used its powers legally and appropriately—raised concerns with human source operations potentially breaching the *United Nations Al Qaida and Taliban Regulations*, SOR/99-444. It recommended internal mechanisms to ensure that no human source operations violated these regulations or any similar Canadian statute or regulations. This was not the first SIRC study to address the issue of the Service and its human sources potentially engaging in criminal activities. In a report released in 2009 the Committee specifically considered the implications of the anti-terrorism provisions of the *Criminal Code*, noting that “activities considered illegal under the *Anti-Terrorism Act* [are] potentially controversial ... and should be subject to a high level of accountability” (SIRC Review 2008-04 Review of a Human Source Operation). Nor, as described below, was the 2014–2015 SIRC Annual Report the last word from SIRC on this issue. The relevant SIRC studies are listed at Appendix 6 of Annex A.

[52] It is worth noting that in conducting its work SIRC had, and its successor the National Security Intelligence Review Agency has, access to any information under the control of the Service. This includes access to all information subject to any privilege under the law of evidence including solicitor-client privilege (*National Security and Intelligence Review Agency Act*, S.C. 2019, c. 13, at sections 9–12).

que le Service soit en mesure de procéder aux réformes nécessaires s’il en avait la possibilité. Comme il en est question plus loin, il semble qu’une modification aux instructions du ministre portant sur la possibilité d’invoquer l’immunité de l’État ait été demandée sans succès en 2015.

[51] Dans son rapport annuel de 2014-2015, le CSARS [*CSARS Rapport annuel 2014–2015 : Vers de nouveaux horizons : préparer le terrain du changement dans la surveillance des activités de renseignement de sécurité*] — organisme de contrôle qui était alors chargé de veiller à ce que le Service fasse usage de ses pouvoirs adéquatement et en toute légalité — a soulevé des préoccupations quant à la possibilité que des opérations fondées sur des sources humaines enfreignent le *Règlement d’application des résolutions des Nations Unies sur Al-Qaïda et le Taliban*, DORS/99-444. Il a recommandé au Service de se donner des mécanismes internes permettant d’assurer qu’aucune opération de cette nature n’enfreigne ce règlement ou tout autre règlement fédéral ou loi fédérale similaire. Cette étude du CSARS n’était pas la première à signaler la possibilité que le Service et ses sources humaines puissent être impliqués dans des activités criminelles. En effet, en 2009, le CSARS a traité précisément des répercussions des dispositions antiterroristes du *Code criminel*, soulignant que [TRADUCTION] « les activités considérées comme des infractions à la *Loi antiterroriste* pourraient susciter la controverse [...] et devraient faire l’objet d’une reddition de compte rigoureuse » (Étude du CSARS n° 2008-04, *Examen d’une opération faisant appel à des sources humaines*). En fait, comme il en est question plus loin, le rapport annuel 2014-2015 ne constituait pas non plus le dernier mot du CSARS sur cette question. Les études pertinentes du CSARS sont énumérées à l’appendice 6 de l’annexe A.

[52] Il vaut la peine de souligner qu’à l’instar du CSARS à l’époque, son successeur — l’Office de surveillance des activités en matière de sécurité nationale et de renseignement — a accès à toute information en la possession du Service dans le cadre de ses travaux, dont celles qui sont protégées par tout privilège reconnu par le droit de la preuve, y compris par le secret professionnel de l’avocat (articles 9 à 12 de la *Loi sur l’Office de surveillance des activités en matière de sécurité nationale et de renseignement*, L.C. 2019, ch. 13).

[53] In May 2016, following an in-depth review of the Service's foreign fighter strategy and human source operations (SIRC Review 2015-09, *Review of CSIS's Investigation of Canadian "Foreign Fighters"* (Foreign Fighter Review)), SIRC recommended that the Service seek clarification on whether Crown immunity afforded CSIS employees and human sources protection from the *Criminal Code's* anti-terrorism offences. In this recommendation, SIRC quotes from what has been described as a preliminary NSLAG opinion addressing the issue of Crown immunity in the context of the specific operation under review. That opinion described the Service's ability to rely on Crown immunity as "a grey area". SIRC was also provided with the 2013 opinion. The above recommendation was repeated in SIRC's 2015–2016 Annual Report [*SIRC Annual Report 2015–2016: Maintaining Momentum*].

[54] The updated 2015 Ministerial Direction was issued to the Service by the Minister in July 2015. In the course of preparing this update, the Service sought the inclusion of language that would recognize a Crown immunity exception to the requirement that the Service and its human sources comply with the law. In June 2015, the Department of Justice's Assistant Deputy Minister of Public Safety, Defence and Immigration addressed the request for the inclusion of wording recognizing an exception, stating that the Service likely did not benefit from Crown immunity:

Justice is unable to provide such wording as the Department has advised that there is a low likelihood that human sources will be able to rely on Crown immunity as a defence in relation to activities that are offences under the *Criminal Code* or other statutes. Moreover, Justice has also advised that there is a low likelihood that CSIS itself (including its officials and employees) would benefit from Crown immunity with respect to such activities. Bestowing of Crown immunity on CSIS is not consistent with the *CSIS Act*, which explicitly addresses unlawful activities, by for example, requiring under ss. 20(2) that the Director report to the Minister, where he is of the opinion that a CSIS employee may have acted unlawfully in the purported performance of his duties.

[53] En mai 2016, par suite d'un examen approfondi de la stratégie et des opérations fondées sur des sources ouvertes du Service ayant trait aux combattants étrangers (*Un examen de l'enquête du SCRS sur les « combattants étrangers » canadiens*, septembre 2015 (étude sur les combattants étrangers)), le CSARS a recommandé au Service de demander des précisions sur la possibilité que l'immunité de l'État protège ses employés et sources humaines des dispositions antiterroristes du *Code criminel*. Dans cette recommandation, le CSARS a cité ce qu'il a décrit comme un avis préliminaire du GLCSN sur la question de l'immunité de l'État dans le cadre de l'opération qui faisait l'objet de l'examen, qui qualifiait de [TRADUCTION] « zone grise » la capacité du Service d'invoquer l'immunité de l'État. Le CSARS a aussi été mis au fait de l'avis de 2013. Le CSARS a repris la recommandation susmentionnée dans son rapport annuel de 2015–2016 [*CSARS Rapport annuel 2015–2016 : Sur notre lancée*].

[54] En juillet 2015, le ministre a donné au Service ses instructions de 2015 mises à jour. Dans ses préparatifs connexes, le Service a cherché à faire inclure un passage qui préciserait que ses employés et ses sources humaines, par ailleurs tenus à légalité, bénéficieraient d'une exemption fondée sur l'immunité de l'État. En juin 2015, la sous-ministre adjointe de la sécurité publique, de la défense et de l'immigration au ministère de la Justice a traité cette demande et précisé que le Service ne bénéficiait probablement pas de l'immunité de l'État :

[TRADUCTION] Le ministère de la Justice n'est pas en mesure de fournir un tel libellé, car, selon lui, il est peu probable que les sources humaines puissent invoquer l'immunité de l'État comme moyen de défense si elles mènent des activités qui constituent des infractions au *Code criminel* ou à d'autres lois. En outre, le ministère estime qu'il est peu probable que le SCRS lui-même (y compris ses représentants et ses employés) bénéficierait de l'immunité de l'État relativement à de telles activités. Le fait de reconnaître l'immunité de l'État au SCRS ne s'accorde pas avec la *Loi sur le SCRS*, qui traite explicitement des activités illégales. À titre d'exemple, le paragraphe 20(2) exige du directeur qu'il fasse rapport au ministre des actes qui peuvent avoir été accomplis selon lui illicitement par des employés du Service dans l'exercice censé tel de leurs fonctions.



...

The new threat diminishment provisions [in the *CSIS Act*] further support this view [...]. The *CSIS Act* now refutes any possible argument that activities contravening Canadian law can legitimately be contemplated as “effecting” Crown purposes whether they are carried out by sources or by CSIS officials or employees. [Emphasis added.]

[55] The then Senior General Counsel for the NSLAG describes this opinion as significant because it marks the first time that the Department of Justice unequivocally told the Service that it likely did not benefit from Crown immunity.

[56] It is worth noting that the Service and the NSLAG did not provide SIRC with the June 2015 opinion as SIRC was preparing its Foreign Fighter Review. Nor did the Service or the NSLAG provide SIRC the June 2015 opinion in response to the recommendation that the Service clarify the availability of the Crown immunity doctrine. This despite SIRC’s access to legal advice, the opinion being directly relevant to the review, contradictory of the previous advice that was provided, and seemingly fully responsive to the recommendation that the Service seek legal clarification on the protection afforded by the doctrine.

[57] In October 2015, the NSLAG prepared further written advice for the Service on the issue of Crown immunity. This advice contradicted the Assistant Deputy Minister of Public Safety, Defence and Immigration’s unequivocal opinion from June 2015. NSLAG counsel advised in October 2015 that the Department of Justice maintains that the Service “may rely” on Crown immunity, with the caveats relating to the uncertainty surrounding the applicability of the doctrine and the “medium to low chance” of success should the matter be reviewed by a court. The Senior General Counsel for the NSLAG reviewed the October 2015 opinion, felt it was too favourable to the Crown immunity doctrine, and understood that the opinion had not been finalized. However, the advice was delivered to the Service’s Deputy Director Operations.

[...]

Les nouvelles dispositions de réduction de la menace [de la *Loi sur le SCRS*] vont aussi dans le sens de cette opinion [...] La *Loi sur le SCRS* réfute maintenant tout argument selon lequel les activités qui contreviennent aux lois fédérales peuvent légitimement être considérées comme « allant dans le sens » des objectifs de l’État, qu’elles soient menées par des sources, des représentants ou des employés du SCRS. [Non souligné dans l’original.]

[55] Celle qui était alors l’avocate générale principale du GLCSN souligne l’importance de cet avis dans lequel, pour la première fois, le ministère de la Justice exprime sans équivoque au Service qu’il ne jouit probablement pas de l’immunité de l’État.

[56] Il est intéressant de constater que ni le Service ni le GLCSN n’ont communiqué au CSARS l’avis de juin 2015 tandis que ce dernier préparait l’étude sur les combattants étrangers. En outre, ils ne le lui ont pas communiqué en réponse à sa recommandation voulant que le Service cherche à préciser s’il pouvait invoquer le principe de l’immunité de l’État, et ce, même si le CSARS avait accès à l’avis juridique, qui avait un lien direct avec l’étude, allait dans le sens contraire de l’avis précédent et, selon toute apparence, répondait pleinement à la recommandation voulant que le Service demande des précisions juridiques sur la protection offerte par le principe.

[57] En octobre 2015, le GLCSN a préparé par écrit un autre avis à l’intention du Service sur la question de l’immunité de l’État qui contredisait l’avis sans équivoque de juin 2015 de la sous-ministre adjointe de la sécurité nationale, de la défense et de l’immigration. Selon les avocats du GLCSN, le ministère de la Justice maintenait que le Service [TRADUCTION] « pouvait invoquer » l’immunité de l’État, mais l’avertissait qu’un climat d’incertitude entourait l’applicabilité du principe et que son invocation, si l’affaire devait faire l’objet d’un examen judiciaire, avait des chances de réussite « de moyennes à faibles ». Après en avoir pris connaissance, l’avocate générale spéciale du GLCSN a soutenu que l’avis de 2015, trop favorable, selon elle, au principe de l’immunité de l’État, n’en était pas à une version définitive. L’avis a cependant été remis au sous-directeur des Opérations du Service.



[58] The SIRC recommendation led the NSLAG to prepare a new legal opinion. This new opinion, delivered to the Director of the Service in January 2017, concluded that the Service did not benefit from Crown immunity. The Director recognized that the opinion foreclosed the Service's reliance on Crown immunity and that this would have a significant impact on Service operations. The Director sought a meeting with the Deputy Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, the Deputy Minister of Justice, and the National Security and Intelligence Advisor to discuss the opinion and potential legislative solutions.

[59] In the meeting, the Deputy Minister of Justice advised that senior members of the Department of Justice would review the opinion. The Department of Justice would then advise the Director of the Service and the Deputy Minister of Public Safety and Emergency Preparedness of the result of its review and whether viable solutions short of legislative reform existed.

[60] The Director of the Service understood that the Department of Justice's review would result in a definitive opinion on Crown immunity within a relatively short period. Pending receipt of that opinion, the Director understood that Crown immunity remained the basis upon which the Service could undertake operations that on their face breached the *Criminal Code*. At this point, the Director ceased approving such operations.

[61] The Department of Justice did not deliver a further opinion to the Service in the weeks or months that followed. It never did. It is not clear what inquiries the Director or others made to determine the status of the opinion. Any such inquiries were limited and informal.

[62] The evidence does establish that following the high-level meeting at the end of January 2017, the Department of Justice prepared a draft legal opinion for the Deputy Minister as the Director understood would be done. The draft opinion expressed the same conclusion as that reached in the 2017 opinion: the Service did not benefit from Crown immunity. The Department of Justice did not finalize this draft or deliver it to the Director of the Service.

[58] La recommandation du CSARS a mené le GLCSN à préparer un nouvel avis juridique qu'il a communiqué au directeur du Service en janvier 2017 et dans lequel il a conclu que le Service ne bénéficie pas de l'immunité de l'État. Le directeur a reconnu que le Service ne pouvait plus s'en remettre à l'immunité de l'État, ce qui allait avoir une grande incidence sur ses opérations. Le directeur a souhaité discuter de l'avis et de possibles solutions législatives avec le sous-ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, le sous-ministre de la Justice ainsi que le conseiller à la sécurité nationale et au renseignement.

[59] Au cours de la réunion, le sous-ministre de la Justice a avancé que de hauts fonctionnaires du ministère allaient étudier l'avis. Le ministère informerait ensuite le directeur et le sous-ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile du résultat de l'examen et de l'existence possible de solutions valables qui ne nécessiteraient pas de réforme législative.

[60] Selon ce qu'en a compris le directeur, l'examen du ministère de la Justice allait donner lieu à la production, dans un avenir relativement rapproché, d'un avis définitif sur l'immunité de l'État. Entre-temps, selon le directeur, le Service n'aurait pas d'autres assises pour entreprendre des opérations qui, à première vue, enfreindraient le *Code criminel*. Le directeur a alors cessé d'approuver de telles opérations.

[61] Le ministère de la Justice n'a pas fourni de nouvel avis au Service dans les semaines ou les mois qui ont suivi : il ne l'a jamais fait. Le directeur ou ses subordonnées se sont-ils renseignés sur la progression de l'examen? Ce n'est pas clair. Toute demande de cette nature a eu une portée limitée et a été faite de manière informelle.

[62] La preuve établit bel et bien qu'à la suite de la réunion au sommet tenue à la fin de janvier 2017, le ministère de la Justice a préparé une version préliminaire d'un avis juridique à l'intention du sous-ministre, comme le directeur avait cru comprendre. Dans cet avis préliminaire, le ministère en arrivait à la même conclusion que dans celui de 2017 : le Service ne jouissait pas de l'immunité de l'État. Le ministère de la Justice n'a pas produit de version définitive de cet avis et ne l'a pas communiqué au directeur du Service.

[63] NSLAG counsel continued to provide legal advice to the Service that addressed the question of Crown immunity in the context of specific human source operations. This advice was provided in compliance with the Service's obligation under the 2015 Ministerial Direction to conduct operational risk assessments. This advice was not responsive to the Service's and more specifically the Director's expectation that a further Department of Justice opinion was to be provided on the issue of Crown immunity.

[64] In the absence of such further advice, the Service continued to conduct previously approved high legal risk operations. Having ceased the approval of new operations following the receipt of the January 2017 opinion, approvals recommenced in late March 2017. These were operations that the opinion had concluded were illegal.

#### B. Service processes

[65] The evidence identified two processes as being of particular relevance in the context of the candour breach: the assessment of the legal risk of proposed operations and the warrant application process.

##### (1) *Assessing the legal risk of operations*

[66] The 2015 Ministerial Direction requires that the Service, in undertaking operations, assess operational risk, political risk, foreign policy risk and legal risk.

[67] The Department of Justice's legal risk assessment framework forms the basis for this mandated legal risk assessment. The framework involves an assessment of risk based on the likelihood and impact of an adverse outcome. It considers these two factors concurrently to assess whether the overall legal risk level is low, medium, or high. The legal risk assessment framework does not capture the concept of illegality. However, it does reflect the theoretical possibility that the likelihood of an adverse outcome is 100 percent. The Assistant Deputy Minister of Public Safety, Defence and Immigration addressed this on cross-examination:

[63] Les avocats du GLCSN ont continué de conseiller le Service sur l'immunité de l'État dans le contexte d'opérations particulières fondées sur des sources humaines. Cette démarche s'inscrivait dans les évaluations des risques opérationnels que le Service devait effectuer conformément aux instructions du ministre de 2015. Ces conseils ne constituaient pas une réponse à l'attente qu'avait le Service, surtout son directeur, que le ministère de la Justice allait produire un nouvel avis sur la question de l'immunité de l'État.

[64] En l'absence d'un nouvel avis, le Service a poursuivi les opérations comportant des risques juridiques élevés déjà approuvées. L'approbation de nouvelles opérations, interrompue en raison de l'avis de janvier 2017, a repris à la fin de mars 2017. Il s'agissait d'opérations qui, selon l'avis, étaient illégales.

#### B. Processus du Service

[65] Selon la preuve, deux processus ont eu une importance particulière quant au manquement à l'obligation de franchise : l'évaluation des risques juridiques des opérations proposées et les demandes de mandats.

##### 1) *Évaluation des risques juridiques des opérations*

[66] Conformément aux instructions du ministre de 2015, le Service doit évaluer les risques que comporte toute opération qu'il entreprend, selon quatre volets : les risques opérationnels, politiques, juridiques et relatifs à la politique étrangère.

[67] Cette évaluation des risques obligatoire repose sur le cadre d'évaluation des risques juridiques du ministère de la Justice. Le cadre prévoit une évaluation des risques en fonction de la probabilité et de l'incidence d'un résultat défavorable. Il met en parallèle ces deux facteurs en vue de déterminer si, dans l'ensemble, les risques juridiques sont faibles, modérés ou élevés. Le cadre ne tient pas compte du concept d'illégalité. Il prévoit cependant la possibilité, théorique, qu'un résultat défavorable ait une probabilité de 100 p. 100. La sous-ministre adjointe de la sécurité publique, de la défense et de l'immigration a abordé la question en contre-interrogatoire.

[TRANSDUCTION]

MR. GOURLAY:

Q. So is it your understanding that the effect of the [January 2017] opinion was to take it from a 4 to a 5 in respect of Crown immunity?

A. Yes. In terms of — yes.

Q. And if it's a 5, when it's very high legal risk, a 5, is that something that— let me put it this way. Does the client need to be told, “You can't do it,” at that point?

A. Normally, maybe stepping back to the level 4, even with a level 4 or a high legal risk, it would be anticipated that the client in those circumstances would take actions to mitigate the risks, to lower the risk. And my understanding is that CSIS did take actions to mitigate the risk, not completely ceasing their operations, but starting to review their operations.

Then, when you get to the higher level, normally clients are saying, “No authority, you can't continue.”

JUSTICE BROWN: Sorry. Normally the client would...?

THE WITNESS: At the highest level, I would say normally the client, when you say “high risk,” takes actions to mitigate risk, and I understand that CSIS in this case did take measures to look at their operations and try to mitigate some of the risk.

BROWN: And at level 5, you said what?

THE WITNESS: Well, level 5, usually there is a certainty that it is unlawful, a degree of certainty.

MR. GOURLAY:

Q. So that's risk that couldn't realistically be mitigated. Is that fair?

A. Sure.

M. GOURLAY :

Q. Donc, selon ce que vous en comprenez, l'avis [de janvier 2017] a eu pour effet de faire passer la cote de 4 à 5 en ce qui avait trait à l'immunité de l'État?

R. Oui. En ce qui avait trait... oui.

Q. Et lorsque la cote est de 5, lorsque les risques juridiques sont très élevés, une cote de 5, est-ce alors que... Laissez-moi reformuler : dans une telle situation, est-il nécessaire de préciser au client qu'il ne peut pas aller de l'avant?

R. Normalement, même avec une cote de 4, c'est-à-dire des risques juridiques élevés, il est attendu que le client, dans de telles circonstances, prenne des mesures pour atténuer les risques, pour les diminuer. Et je crois comprendre que le SCRS a effectivement pris de telles mesures. Il n'a pas mis fin à ses opérations, mais a commencé à en faire l'examen.

Toutefois, au niveau le plus élevé, le client dit normalement qu'il n'y a pas d'autorisation, qu'il est impossible d'aller de l'avant.

LE JUGE BROWN : Pardon; normalement, que ferait le client?

LE TÉMOIN : Au niveau le plus élevé, je dirais que, normalement, le client, devant un constat de « risques élevés », cherche à atténuer les risques, et je crois comprendre que le SCRS a effectivement pris des mesures pour examiner ses opérations et atténuer une partie des risques.

LE JUGE BROWN : Et pour ce qui est d'une cote de 5, qu'avez-vous dit?

LE TÉMOIN : Eh bien, lorsque la cote est de 5, le caractère illégal ne fait habituellement pas de doute, est une certitude.

M. GOURLAY :

Q. Il est donc possible d'affirmer qu'il s'agit de risques qui, de façon réaliste, ne peuvent pas être atténués? C'est bien ça?

R. En effet.

...

[...]

Q. But you are advising them on the legal risk, and you've said that a very high legal risk, a level 5, is risk that cannot be mitigated. Right?

A. Generally speaking, yes.

Q. And where there is virtually no chance of an argument succeeding that the act in question was legal.

A. Right, no credible argument left.

Q. So, in those circumstances, wouldn't you expect the client operating under the rule of law not to go ahead with an operation where that level of risk applied?

A. Yes. Generally, yes. [Emphasis added.]

[68] NSLAG counsel applied this legal risk assessment framework in reviewing human source operations relevant to the warrant application in [\*\*\*Case B\*\*\*] In each case, the legal risk assessment identifies the issue of illegality and concludes that the Service or individuals acting under Service direction are very probably engaging in illegal activity. The opinions conclude that, short of not pursuing the activity, mitigation options do not exist. One of the opinions notes that the reliability or value of the information to be collected “does not affect the legal analysis.”

[69] Despite the absence of legal authority to conduct the activity, the bottom line legal assessment in each case is that the activities constitute a “high legal risk”. In each instance, the Director of the Service approved the proposed operations. Approval was provided on the basis of a weighing analysis where it was concluded the anticipated reliability or value of the information to be gleaned from the operation justified the high legal risk. In one instance, the Director's assessment included reference to a senior official's note to the effect that approval “could be perceived by the Court as ignoring” Justice Noël's concerns in [\*\*\*Case A\*\*\*]. Approval was nonetheless granted.

Q. Toutefois, vous les conseillez sur les risques juridiques, et vous avez affirmé que des risques juridiques très élevés, c'est-à-dire une cote de 5, ne peuvent pas être atténués. C'est bien ça?

R. En général, oui.

Q. Et il n'y a alors virtuellement aucune chance de plaider avec succès que l'acte en question était légal.

R. C'est exact, il n'y a plus d'arguments crédibles en ce sens.

Q. Donc, en de telles circonstances, vous vous attendriez à ce qu'un client qui mène ses activités dans le respect de la primauté du droit n'aille pas de l'avant avec une opération qui comporte un tel niveau de risques?

R. Oui, en général, c'est bien ça. [Non souligné dans l'original.]

[68] Les avocats du GLCSN ont appliqué le cadre d'évaluation des risques juridiques aux opérations fondées sur des sources humaines en cause dans la demande de mandats faite dans le dossier [\*\*\*Dossier B\*\*\*]. Dans chaque cas, ils ont tenu compte du problème de l'illégalité et ont conclu que le Service ou des personnes agissant pour son compte menaient très probablement des activités illégales. Ils ont aussi conclu qu'outre l'arrêt de l'activité, il n'existait pas de possibilité d'atténuation. Selon l'un de ces avis, ni la fiabilité ni l'utilité des informations à recueillir [TRADUCTION] « n'ont d'incidence sur l'analyse juridique ».

[69] Outre l'absence d'autorisation légale de mener l'activité, il a somme toute été estimé, dans chaque cas, que l'activité comportait des « risques juridiques élevés ». Chaque fois, le directeur a approuvé l'opération proposée, s'appuyant sur un exercice de pondération ayant permis de conclure que la fiabilité et l'utilité anticipées des informations que l'opération allait permettre d'obtenir en justifiaient les risques juridiques élevés. Dans un cas, l'évaluation du directeur renvoyait à une note d'un cadre supérieur qui estimait que l'approbation [TRADUCTION] « pourrait donner l'impression à la Cour que [les préoccupations du juge Noël dans le dossier [\*\*\*Dossier A\*\*\*] ont été ignorées ». L'approbation a néanmoins été accordée.

[70] Senior Service officials and the Director balanced the absence of legal authority, characterized as risk, against the anticipated benefits of the operation. In doing so the Service viewed the absence of a legal authority to undertake the operations as being no different than an operational, political, or foreign policy risk. Having approved operations that were on their face illegal, the Service then collected information which in turn was put before this Court in support of warrant applications, without notifying the Court of the likely illegality.

(2) *The warrant application process*

[71] Before the Service brings an application for a warrant, it subjects the proposed application to an internal review and approval process. Counsel, the affiants, senior Service officials, and senior Department of Justice officials all participate in this process. In conducting this internal review in [\*\*\*Case C\*\*\*] [\*\*\*Case A\*\*\*] and [\*\*\*Case D\*\*\*] all those involved in this process overlooked the fact that the applications included information gathered through activity that was on its face illegal. An overview of the internal review process will assist in understanding the significance of this failure.

[72] The Deputy Director Operations Secretariat manages the warrant application process within the Service. When the Service decides to apply for a warrant, it identifies an affiant, counsel, and others to prepare and review the application.

[73] Counsel undertake an initial assessment of the information to be relied on in the application to determine if there are sufficient facts to support the issuance of the warrant under section 21 of the CSIS Act. A meeting is then held and a schedule is established addressing all of the steps required to prepare the application.

[74] Service analysts then prepare affidavits with the affiant's direct input. Counsel reviews and provides advice on the drafts. At this stage, counsel focuses on ensuring that the affidavits state how and when the information being relied on was acquired.

[70] Des cadres supérieurs et le directeur du Service ont mis en balance l'absence d'autorisation légale, qualifiée de « risque », et les avantages anticipés de l'opération. Ce faisant, le Service a considéré que l'absence d'autorisation légale d'entreprendre une opération était assimilable à un risque opérationnel, politique, juridique ou relatif à la politique étrangère. Une fois ainsi approuvées, des opérations à première vue illégales ont permis au Service de recueillir des informations qu'il a ensuite présentées à la Cour en appui à des demandes de mandats sans l'aviser de cet état de fait.

2) *Processus de demande de mandats*

[71] Avant d'être présentée à la Cour, une demande de mandats fait l'objet d'un processus d'examen et d'approbation interne auquel participent avocat, déposant, cadres supérieurs du Service et hauts fonctionnaires du ministère de la Justice. Tous les intervenants de ces examens internes dans les dossiers [\*\*\*Dossier C, Dossier A\*\*\*] et [\*\*\*Dossier D\*\*\*] ont passé outre au fait que les demandes comportaient des informations recueillies dans le cadre d'activités à première vue illégales. Un survol du processus d'examen interne aidera à comprendre l'importance de ce manquement.

[72] Le Secrétariat du sous-directeur des Opérations du Service gère le processus de demandes de mandats. Lorsqu'une telle demande est jugée nécessaire, le Secrétariat affecte un déposant, un avocat et d'autres intervenants à la préparation et à l'examen.

[73] L'avocat procède à une évaluation préliminaire des informations qui serviront de matières premières à la demande pour déterminer si les faits justifient la délivrance des mandats en vertu de l'article 21 de la Loi sur le SCRS. Les intervenants se réunissent et établissent un calendrier des étapes nécessaires à la préparation de la demande.

[74] Les analystes du Service préparent ensuite un affidavit, avec la contribution directe du déposant. L'avocat passe en revue les versions préliminaires et donne des conseils. À cette étape, il veille surtout à ce que l'affidavit précise comment et quand les informations en question ont été obtenues.

[75] If human sources are being relied on this will be reflected in the affidavit, but counsel will have no information regarding either the source or the source's relationship to the Service. This information is not provided to counsel at this stage. Instead, counsel is later given the opportunity to review such information, but not to independently access the human source file.

[76] Once a draft affidavit is complete, it is reviewed for factual accuracy and then approval is obtained from the Director General of the Service's Operations Branch seeking the warrant. The Service then sends the affidavit to the NSLAG for further review and preparation for presentation to the Warrant Review Committee. The Director of the Service chairs the Warrant Review Committee. The Senior General Counsel of the NSLAG, the Deputy Director Operations, the Assistant Director Operations, the Assistant Director Collection, the Director General of the Operations Branch seeking the warrant, and a senior representative from the Department of Public Safety and Emergency Preparedness Canada sit on the Warrant Review Committee. The affiant, analyst, and counsel responsible for the warrant application also attend the Warrant Review Committee meeting.

[77] In addition to the draft affidavit, the Warrant Review Committee also has access to a list of foreign agencies and human sources relied on in the affidavit's preparation. Any human source is identified by code name. Limited information relating to the source's reliability, relationship with the Service, and access to the target of the warrant is also provided to the Warrant Review Committee.

[78] After the Warrant Review Committee has reviewed the affidavit, draft warrants are prepared and reviewed. The Deputy Director Operations Review Committee conducts a further review of the facts as set out in the affidavit and ensures that the Warrant Review Committee's comments have been addressed. At the same time, Service analysts generate a "source précis" with the help of the Human Source Operations Section for each human source relied on in the affidavit. The source précis should detail a source's relationship with subjects of the investigations and all other information

[75] L'affidavit précise si des sources humaines ont été mises à contribution, mais, à cette étape, l'avocat ne dispose d'aucune information sur la source elle-même ou sur sa relation avec le Service. La possibilité d'examiner ces informations lui sera donnée plus tard; il n'aura cependant pas accès de façon indépendante aux dossiers des sources humaines.

[76] La version préliminaire de l'affidavit fait l'objet d'une vérification de l'exactitude des faits, puis est approuvée par le directeur général de la direction opérationnelle du Service qui cherche à obtenir les mandats. L'affidavit est ensuite acheminé au GLCSN, qui l'examine plus avant et assure les préparatifs en vue de la présentation au Comité d'examen des mandats, présidé par le directeur du Service. Outre ce dernier, le Comité se compose de l'avocat général principal du GLCSN, du sous-directeur des Opérations, du directeur adjoint des Opérations, du directeur adjoint de la Collecte, du directeur général de la direction opérationnelle qui cherche à obtenir les mandats ainsi qu'un représentant haut placé du ministère de la Sécurité publique et de la Protection civile du Canada. Le déposant, l'analyste et l'avocat chargés de la demande de mandats assistent également à la réunion.

[77] Outre la version préliminaire de l'affidavit, le Comité d'examen des mandats a accès à la liste des services étrangers et des sources humaines dont les informations ont servi à préparer l'affidavit. Les sources humaines y figurent sous des noms de code. Lui sont également fournies des informations limitées sur la fiabilité des sources, leur relation avec le Service et l'accès dont elles disposent auprès de la cible des mandats.

[78] Après l'examen de l'affidavit par le Comité, des versions préliminaires des mandats sont préparées et examinées. Le Comité d'examen du sous-directeur des Opérations réexamine les faits établis dans l'affidavit et s'assure que les commentaires du Comité d'examen des mandats ont été pris en considération. Parallèlement, avec l'aide de la section opérationnelle chargée des sources humaines, les analystes du Service produisent un « précis » pour chaque source humaine dont les informations ont servi à établir l'affidavit. Le précis de la source est censé donner des détails sur la relation de la source



that is pertinent to an assessment of the source's reliability [\*\*\*] Counsel then review the draft précis, again without the benefit of access to the underlying human source files. The précis is then the subject of a challenge session by the affiant, analysts, counsel and a Human Source Operations Section representative. [\*\*\*]

[79] All section 12 warrant applications are subject to a final review by independent counsel from the National Security Group of the Department of Justice. This review is intended to independently verify that the information placed before the Court accurately reflects the content of service records, has been placed in its proper context and its reliability has been accurately portrayed. The Independent Counsel is provided access to all underlying reporting relied upon in the affidavit and the source précis.

[80] Once this process is complete, the Service may file an application.

#### C. Bill C-59: Legislative reform to address illegality

[81] The Service and the Department of Justice had identified the development and implementation of a justification regime as the best means of addressing the issue of illegality. This option, which was consistent with legal advice provided over many years, was provided to the Minister of Public Safety in early-2017. The Service and the Department of Justice then worked to implement this option. When Bill C-59 was tabled on June 20, 2017, it included a justification regime (Bill C-59, *An Act respecting national security matters*, 1st Sess., 42nd Parl., 2017, cls. 100 and 101 (first reading June 20, 2017)). The regime came into force on July 25, 2019 (SI/2019-71 [*Order Fixing the Day After the Day on which this Order is Made as the Day on which Part 1.1 and Certain Provisions of that Act Come into Force*], (2019) C. Gaz. II, Vol. 153, No. 15).

avec les cibles de l'enquête et toute autre information utile pour évaluer la fiabilité de la source, [\*\*\*] L'avocat en examine la version préliminaire, encore une fois sans avoir accès aux dossiers des sources. Le déposant, les analystes, l'avocat et un représentant de la section opérationnelle chargée des sources humaines ont ensuite l'occasion de formuler des commentaires au sujet du précis. [\*\*\*]

[79] Toutes les demandes de mandats présentées au titre de l'article 12 font l'objet d'un examen définitif par un avocat indépendant du Groupe sur la Sécurité nationale du ministère de la Justice. L'examen permet de vérifier, de manière indépendante, que les informations présentées à la Cour reflètent bel et bien la teneur des dossiers du Service, qu'elles ont été mises en contexte adéquatement et que leur fiabilité a été dépeinte avec exactitude. L'avocat indépendant se voit donner l'accès à toutes les informations servant de matières premières à l'affidavit et aux précis des sources.

[80] Une fois le processus terminé, le Service peut faire la demande de mandats.

#### C. Projet de loi C-59 : réforme législative visant à régler le problème de l'illégalité

[81] Le Service et le ministère de la Justice ont déterminé que l'élaboration et la mise en œuvre d'un régime de justification étaient le meilleur moyen de régler le problème de l'illégalité. Cette possibilité, conforme aux avis juridiques qui se sont succédé au fil des ans, a été offerte au ministre de la Sécurité publique au début de 2017. Le Service et le ministère de la Justice ont alors travaillé de concert à la mettre en œuvre. Les articles 100 et 101 du projet de loi C-59, *Loi concernant des questions de sécurité nationale*, 42<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., 2017, déposée en première lecture le 20 juin 2017, prévoyaient un régime de justification. Le régime est entré en vigueur le 25 juillet 2019 (TR/2019-71 [*Décret fixant au lendemain de la prise du présent décret la date d'entrée en vigueur de la Partie 1.1 et de certaines dispositions de cette loi*], (2019), Gaz. C. II, vol. 153, n° 15).

## IV. ISSUES

[82] The issues to be addressed were initially identified in the December 2018 direction. At that time it was recognized that these issues were subject to change as matters progressed. In written submissions the issues have been reformulated and I have characterized them as follows:

- A. How did the candour breach occur and how is it to be addressed?
- B. May the Court consider and rely on information that was likely collected in contravention of the law?
- C. If the Court may consider and rely on information that was likely collected in contravention of the law, then what factors are to be considered and weighed?
- D. If, after a warrant has issued, the Court becomes aware that information placed before it was likely collected in contravention of the law, may the Court invalidate the warrant or take other action?
- E. Should the Court invalidate an issued warrant, what authority does the Court have to make remedial orders regarding information collected under that warrant? How should the Court exercise that authority?
- F. Where information is excised from the application, may the Court continue to rely on the pre-application consultations and approval requirements at subsections 7(2) and 21(1) of the CSIS Act?
- G. Application to [\*\*\*Case B\*\*\*]

## IV. QUESTIONS

[82] Les questions en l'espèce ont d'abord été soulevées dans une directive de décembre 2018. À ce moment, il a été reconnu que ces questions étaient appelées à changer au fil de la progression du dossier. Elles ont été reformulées dans des observations écrites, et j'en dresse la liste suivante.

- A. Comment le manquement à l'obligation de franchise s'est-il produit, et comment remédier à la situation?
- B. La Cour peut-elle prendre en considération et s'appuyer sur des informations probablement recueillies illégalement?
- C. Dans l'affirmative, de quels facteurs doit-elle tenir compte, et lesquels doit-elle mettre en balance?
- D. Si la Cour se rend compte que des informations qui lui ont été présentées avaient probablement été recueillies illégalement, peut-elle invalider les mandats décernés sur la foi de ces informations ou prendre d'autres mesures?
- E. Si elle invalide un mandat décerné, quels pouvoirs la Cour peut-elle invoquer pour rendre des ordonnances réparatrices quant aux informations recueillies en vertu de ce mandat? Comment la Cour devrait-elle exercer ces pouvoirs?
- F. En cas de suppression d'informations de la demande, la Cour peut-elle encore se fonder sur la consultation et sur l'approbation préalables qu'exigent les paragraphes 7(2) et 21(1) de la Loi sur le SCRS?
- G. Application au dossier [\*\*\*Dossier B\*\*\*]

## V. ANALYSIS

A. How did the candour breach occur and how is it to be addressed?(1) *The duty of candour*

[83] Justice Mosley, in *X (Re)*, 2013 FC 1275, [2015] 1 F.C.R. 635 (*X (Re) 2013*), aff'd by 2014 FCA 249, [2015] 1 F.C.R. 684 (*X (Re) 2014*), identified the broad nature and scope of the duty of candour in the context of a warrant application under section 21 of the CSIS Act [at paragraphs 82, 83 and 87–89]:

The duty of full and frank disclosure in an *ex parte* proceeding was discussed by the Supreme Court of Canada in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraph 27:

In all cases where a party is before the court on an *ex parte* basis, the party is under a duty of utmost good faith in the representations it makes to the court. The evidence presented must be complete and thorough and no relevant information adverse to the interests of that party may be withheld; *Royal Bank*, *supra*, at para. 11. Virtually all codes of professional conduct impose such an ethical obligation on lawyers. See for example the *Alberta Code of Professional Conduct*, c. 10, r. 8.

The DAGC acknowledges that this duty, also known as the duty of utmost good faith or candour, applies to all of the Service's *ex parte* proceedings before the Federal Court: *Harkat (Re)*, 2010 FC 1243, 224 C.R.R. (2d) 167, at paragraph 117, rev'd on other grounds 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635, appeal on reserve before the Supreme Court [the Supreme Court has since rendered its decision; see 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33]; *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299, at paragraphs 153–154; *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163, at paragraph 498. In making a warrant application pursuant to sections 12 and 21 of the CSIS Act, the Service must present all material facts, favourable or otherwise.

...

## V. ANALYSE

A. Comment le manquement à l'obligation de franchise s'est-il produit, et comment remédier à la situation?1) *Obligation de franchise*

[83] Dans la décision *X (Re)*, 2013 CF 1275, [2015] 1 R.C.F. 635 (*X (Re) 2013*), conf. par 2014 CAF 249, [2015] 1 R.C.F. 684 (*X (Re) 2014*), le juge Mosley a reconnu la nature et la portée étendues de l'obligation de franchise dans le contexte d'une demande de mandats faite en vertu de l'article 21 la Loi sur le SCRS [aux paragraphes 82, 83 et 87 à 89] :

La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)* 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, au paragraphe 27, s'est penchée sur la question de l'obligation de divulgation complète et franche dans une instance *ex parte* :

La partie qui plaide *ex parte* devant un tribunal a l'obligation de présenter ses arguments avec la bonne foi la plus absolue. Elle doit offrir une preuve complète et détaillée, et n'omettre aucune donnée pertinente qui soit défavorable à son intérêt : *Royal Bank*, précité, par. 11. Presque tous les codes de déontologie professionnelle applicables aux avocats leur font cette obligation. Voir, par exemple, l'*Alberta Code of Professional Conduct*, ch. 10, règle 8.

Le SPGC reconnaît que cette obligation, également qualifiée d'obligation de bonne foi la plus absolue, joue dans toutes les instances dans lesquelles le Service plaide *ex parte* devant la Cour fédérale : *Harkat (Re)*, 2010 CF 1243, au paragraphe 117, infirmée pour d'autres motifs 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635, jugement en délibéré devant la Cour suprême [la Cour suprême a depuis rendu sa décision. Voir 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33]; *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299, aux paragraphes 153 et 154; *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163, au paragraphe 498. Lorsqu'il présente une demande de mandats au titre des articles 12 et 21 de la Loi sur le SCRS, le Service doit faire état de tous les faits importants, favorables ou non.

[...]

In *R. v. G.B. (application by Bogiatzis, Christodoulou, Cusato and Churchill)*, [2003] O.T.C. 785 (Ont. S.C.J.), a case involving an application for a stay of proceedings on the ground that a police officer had lied in affidavits to obtain wiretap authorizations, the Court described material facts as follows at paragraphs 11 and 12:

Material facts are those which may be relevant to an authorizing judge in determining whether the criteria for granting a wiretap authorization have been met. For the disclosure to be frank, meaning candid, the affiant must turn his or her mind to the facts which are against what is sought and disclose all of them which are known, including all facts from which inferences may be drawn. Consequently, the obligation of full and frank disclosure means that the affiant must disclose in the affidavit facts known to the affiant which tend to disprove the existence of either reasonable or probable grounds of investigative necessity in respect of any target of the proposed authorization.

The obligation of full and frank disclosure also means that the affiant should never make a misleading statement in the affidavit, either by means of the language used or by means of strategic omission of information. [Underlining added by Mosley J.]

I agree with counsel for the DAGC that in the context of a warrant application pursuant to section 21 of the CSIS Act, material facts are those which may be relevant to a designated judge in determining whether the criteria found in paragraphs 21(2)(a) and (b) have been met...

However, I do not accept the narrow conception of relevance advocated by the DAGC in this context as it would exclude information about the broader framework in which applications for the issuance of CSIS Act warrants are brought. In my view, it is tantamount to suggesting that the Court should be kept in the dark about matters it may have reason to be concerned about if it was made aware of them....

[84] The decision in *X (Re) 2013*, is not the most recent judgment from this Court dealing with candour. SIRC's 2014–2015 Annual Report published in late-January 2016, referenced a Service program involving the collection and

À l'occasion de l'affaire *R. c. G.B. (application by Bogiatzis, Christodoulou, Cusato and Churchill)*, [2003] O.T.C. 785 (C.S.J. Ont.), où il était question d'une demande de sursis des procédures au motif qu'un agent de police avait menti dans des affidavits afin d'obtenir des autorisations d'écoute téléphonique, la Cour, aux paragraphes 11 et 12, a défini les faits importants de la manière suivante :

[TRADUCTION] Les faits importants sont ceux qui peuvent permettre au juge saisi d'une demande de vérifier si les critères applicables en matière d'autorisation d'écoute téléphonique ont été satisfaits. Pour que la communication soit franche, c'est-à-dire sincère, l'affiant doit se pencher sur les faits qui sont défavorables à sa demande et communiquer en entier les faits connus, y compris tous les faits à partir desquels des déductions peuvent être tirées. Par conséquent, l'obligation de communication complète et franche signifie que l'affiant doit communiquer dans l'affidavit les faits qui lui sont connus qui tendent à réfuter l'existence de motifs raisonnables et probables ou la nécessité de faire enquête en ce qui concerne l'une ou l'autre cible visée par l'autorisation envisagée.

L'obligation de communication complète et franche signifie également que l'affiant ne doit jamais faire une déclaration trompeuse dans l'affidavit, que ce soit par la formulation utilisée ou par une omission stratégique de renseignements. [Soulignement ajouté par le juge Mosley.]

Je retiens la thèse de l'avocat du SPGC portant que, en matière de demande de mandats au titre de l'article 21 de la Loi sur le SCRS, les faits importants sont ceux qui peuvent aider le juge 2013 CF 1275 (CanLII) désigné à décider si les critères énoncés aux alinéas 21(2)(a) et 21(2)(b) ont été satisfaits. [...]

Toutefois, je ne retiens pas la conception étroite de la pertinence préconisée par le SPGC en cette matière car elle exclut les renseignements concernant le cadre élargi dans lequel les demandes de délivrance de mandats au titre de la Loi sur le SCRS sont présentées. Selon moi, cela revient à dire que la Cour ne doit pas être informée quant à des questions au sujet desquelles elle pourrait avoir des réserves si elle en était informée [...]

[84] La décision *X (Re) 2013* n'est pas la dernière décision qu'a rendue la Cour en matière d'obligation de franchise. Dans son rapport annuel de 2014-2015 publié à la fin de janvier 2016, le CSARS a mentionné

retention of certain meta or associated data, a program that had been ongoing since 2006 but never disclosed to the Court. The disclosure of this program led to an *en banc* hearing on June 10, 2016, where the Deputy Minister of Justice and the Director appeared to address the issue of transparency, an issue described by the Chief Justice as going “to the core of the Service’s relationship with the Court”. This is the candour issue addressed by Justice Noël in *Associated Data*.

[85] In advance of the finding in *Associated Data* that the duty of candour had again been breached and in the course of the June 2016 *en banc* hearing, the Department of Justice advised the Court that Mr. Murray Segal had been retained to advise on best practices in *ex parte* proceedings. Mr. Segal’s final report was completed in December 2016 and contained a number of recommendations (Review of CSIS Warrant Practice, Report of Murray D. Segal, December 2016 (Segal Report)).

[86] The Segal Report identifies a series of instances involving candour breaches including, but not limited to, the circumstances addressed by Justice Mosley in *X (Re) 2013* and Justice Noël’s findings in *Associated Data*. The Segal Report explains that the Service and the Department of Justice must do much more than avoid untruth to comply with the duty of candour, and that the duty is not exhausted simply through the inclusion of all relevant information in an application.

[87] The Segal Report also notes that unlike *ex parte* proceedings in other contexts, where full disclosure is generally provided to the opposing party at some later point in the process, this rarely occurs when the Service is applying for a warrant under the CSIS Act. Recognizing the unique nature of the national security proceedings, Mr. Segal states that “in no other context is counsel’s compliance with the duty of candour more critical to upholding the rule of law”.

un programme du Service impliquant la collecte et la conservation de certaines métadonnées ou données connexes. La Cour ignorait l’existence de ce programme, en vigueur depuis 2006. Cette révélation a mené, le 10 juin 2016, à la tenue d’une audience en formation plénière [audience de juin 2016] au cours de laquelle le sous-ministre de la Justice et le directeur ont abordé la question de la transparence, que le juge en chef a qualifiée [TRADUCTION] d’« élément fondamental de la relation qu’entretiennent le Service et la Cour ». Il s’agit du problème relatif à l’obligation de franchise dont le juge Noël a fait état dans la décision *Données connexes*.

[85] Avant qu’il ait été conclu à un nouveau manquement à l’obligation de franchise dans la décision *Données connexes*, au cours de l’audience de juin 2016, le ministère de la Justice a avisé la Cour qu’il avait fait appel à M. Murray Segal pour le conseiller sur les pratiques exemplaires ayant trait aux instances *ex parte*. En décembre 2016, ce dernier rendit son rapport définitif contenant de nombreuses recommandations (Murray D. Segal, *Examen du processus de demande de mandats au SCRS*, décembre 2016 (rapport Segal)).

[86] Le rapport Segal fait état d’une série de manquements à l’obligation de franchise, notamment ceux qu’ont mentionnés les juges Mosley dans la décision *X (Re) 2013* et Noël, dans ses conclusions dans la décision *Données connexes*. Selon le rapport Segal, le Service et le ministère de la Justice doivent faire beaucoup plus qu’éviter toute fausseté pour respecter l’obligation de franchise, et cette obligation ne se limite pas au simple fait d’inclure toutes les informations pertinentes dans une demande.

[87] Le rapport Segal souligne aussi que, contrairement aux instances *ex parte* tenues dans d’autres contextes, il arrive rarement, dans le cas d’une demande de mandats faite par le Service en vertu de la Loi sur le SCRS, que la communication complète soit assurée à l’autre partie à une étape ultérieure du processus. Reconnaissant le caractère véritablement exceptionnel des instances en matière de sécurité nationale, M. Segal affirme que « le respect par les avocats de l’obligation de franchise est plus essentiel à l’observation du principe de la primauté du droit que dans toute autre situation ».

[88] The Segal Report then addresses Crown counsel’s special responsibilities and how they inform the duty of candour when applying for a warrant under the CSIS Act:

Finally the special roles and responsibilities of Crown counsel need to inform how the duty of candour is calibrated in this context. It cannot be forgotten that where counsel representing CSIS comes before the Federal Court seeking a warrant, he or she is representing the Attorney General of Canada. Special duties attach to the Crown that do not burden other parties. As the Supreme Court has stated [in *Ontario v Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43 at para. 37, per Karakatsanis J.]:

The Attorney General is not an ordinary party. This special character manifests itself in the role of Crown attorneys, who as agents of the Attorney General, have broader responsibilities to the court and to the accused, as local ministers of justice (see *Boucher v The Queen*, [1995 S.C.R. 16, at pp. 23–24, per Rand J.; *Nelles v Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, at pp. 191–92, per Lamer J.).

The Attorney General has unique, overriding obligations to the administration of justice that are deeply rooted in our constitutional traditions. The Federal Court of Appeal [in *Cosgrove v Canadian Judicial Council*, 2007 FCA 103 at para. 51] has neatly captured this idea in speaking of the “traditional constitutional role of attorneys general as guardians of the public interest in the administration of justice (pgs. 14 and 15). [Footnote[s] omitted.]

[89] The obligations and responsibilities flowing from the duty of candour are not limited to individuals who appear before the Court. Those who hold leadership positions within the Service and the Department of Justice also have obligations and responsibilities to the Court. Senior managers and leaders are responsible for ensuring those who seek warrants on behalf of the Service recognize the Service’s privileged position before the Court. These individuals must do more than recognize the duty of candour’s importance: they must identify and implement the institutional structures and processes necessary to ensure individual and institutional compliance with the duty.

[88] Aux pages 16 et 17, le rapport Segal aborde les responsabilités spéciales des avocats du ministère public ainsi que leur rôle en ce qui a trait à l’obligation de franchise dans les demandes de mandats faites en vertu de la Loi sur le SCRS :

Enfin, les avocats du ministère public doivent exercer les rôles et responsabilités qui leur sont propres en tenant compte de l’importance à accorder à l’obligation de franchise dans ce contexte. Il convient de se rappeler que, lorsqu’ils présentent pour le SCRS une demande de mandats à la Cour fédérale, les avocats représentent le procureur général et le gouvernement du Canada. Le ministère public doit s’acquitter d’obligations particulières qui n’incombent pas aux autres parties. À cet égard, la Cour suprême a tenu les propos suivants [dans *Ontario c. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 CSC 43, au paragraphe 37, per Karakatsanis J.] :

Le procureur général n’est pas une partie à l’instance comme une autre. Sa singularité se manifeste par le rôle dévolu au procureur de la Couronne qui, à titre de représentant du procureur général, a des obligations accrues envers la cour et envers l’accusé en tant que représentant local de la justice (voir *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, p. 23-24, le juge Rand; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, p. 191-192, le juge Lamer).

S’agissant de l’administration de la justice, le procureur général est investi d’obligations prépondérantes et uniques qui sont profondément ancrées dans nos traditions constitutionnelles. La Cour d’appel fédérale [dans *Cosgrove c. Conseil canadien de la magistrature*, 2007 CAF 103, au paragraphe 51] a clairement exprimé cette idée en parlant du « rôle constitutionnel traditionnel des procureurs généraux en tant que gardiens de l’intérêt public dans l’administration de la justice. [Renvois omis.]

[89] Les obligations et les responsabilités découlant de l’obligation de franchise ne se limitent pas aux personnes qui comparaissent devant la Cour. Les titulaires de postes de direction au Service et au ministère de la Justice en ont aussi envers la Cour. Les cadres supérieurs et les dirigeants doivent veiller à ce que les demandeurs de mandats au nom du Service reconnaissent que celui-ci a un statut privilégié par rapport à la Cour. Ces personnes ne doivent pas se contenter de reconnaître l’importance de l’obligation de franchise : ils doivent déterminer et mettre en place les structures et les processus organisationnels qui permettront aux personnes et à l’organisation de la respecter.



[90] Designated judges—as the gatekeepers charged with striking the appropriate balance between private interests and Canada’s security needs—have to engage in this balancing exercise without the benefit of the ordinary adversarial process (*Associated Data*, at paragraph 100). As such, designated judges have no choice but to rely on compliance with the duty of candour. To do so, designated judges must possess a high level of trust and confidence that individuals appearing before the Court have fulfilled their obligations. Designated judges must also have trust and confidence that institutional structures, processes and culture have provided the tools and instilled the values necessary to deliver compliance with the duty of candour. While the burden is heavy, meeting it is critical to upholding the rule of law (Segal Report, at page 14).

(2) *The breach of the duty of candour*

[91] The AGC has acknowledged that the duty of candour has been breached. However, it submits that counsel and the Service acted in good faith and tried to uphold the duty in this matter and in the applications that were brought before Justice Kane and Justice Brown. The AGC submits that individual conduct is not in issue. Rather, the breach resulted from institutional failures that prevented Service employees and counsel from recognizing the issue of illegality and raising it with the Court.

[92] This explanation does not lessen the corrosive effect of the breach on the Court’s confidence in the Service’s ability to be candid, a point that was made in the June 2016 *en banc*. Instead, it suggests that the Court cannot rely on the individuals appearing before it to be candid—not because of individual failings, but because of institutional failings that render it difficult, or perhaps impossible, for individuals to inform themselves of relevant information or to act on the information that they are aware of. This is perhaps more troubling than a single individual’s failure to comply with the duty of candour.

[90] Les juges désignés, qui agissent à titre de gardiens en assurant l’équilibre entre les droits des particuliers et les besoins du Canada en matière de sécurité, doivent procéder à cet exercice de mise en balance sans pouvoir tirer parti de l’habituel processus contradictoire (*Données connexes*, au paragraphe 100). Partant, ils n’ont d’autre choix que de se fier au respect de l’obligation de franchise. Pour ce faire, ils doivent pouvoir être profondément convaincus que les personnes qui se présentent devant la Cour ont honoré leurs obligations et que les structures, la culture et les processus organisationnels leur ont fourni les outils et leur ont inspiré les valeurs nécessaires pour veiller à respecter l’obligation de franchise. Il s’agit d’une lourde responsabilité, dont il est essentiel de s’acquitter pour assurer le respect de la primauté du droit (rapport Segal, à la page 16).

2) *Manquement à l’obligation de franchise*

[91] Le procureur général a reconnu qu’il y avait eu manquement à l’obligation de franchise. Il soutient toutefois que les avocats et le Service ont agi de bonne foi et tenté de respecter l’obligation en l’espèce et dans les demandes dont les juges Kane et Brown ont été saisis. À son avis, les comportements individuels ne sont pas en défaut : le manquement découle plutôt de défaillances organisationnelles qui ont empêché les employés du Service et les avocats de constater le problème de l’illégalité et de le signaler à la Cour.

[92] Cette explication n’atténue en rien l’effet d’effritement que produit ce manquement sur la confiance de la Cour envers la capacité du Service à faire preuve de franchise; cela a d’ailleurs été soulevé à l’audience de juin 2016. Elle donne plutôt à penser que la Cour ne saurait tenir pour acquis que les personnes qui se présentent devant elle font preuve de franchise. Il ne s’agit pas de jeter le blâme sur les personnes elles-mêmes, mais d’envisager que des défaillances organisationnelles les ont empêchées, en tout ou en partie, d’obtenir les informations utiles ou d’utiliser celles qu’elles possédaient. Dans une certaine mesure, il serait moins troublant de constater que le manquement à l’obligation de franchise est le fait d’une seule personne.

[93] There is no doubt that the Service breached the duty of candour in the course of seeking warrants in this matter: whether the Service illegally collected information used to support a warrant application is highly relevant both to the Court's assessment of that information and to the ultimate exercise of the Court's discretion.

[94] Justice Noël, in considering the [\*\*\*Case A\*\*\*] application, was clearly concerned with the nature of the operation that resulted in the collection of some of the information relied on. He initially framed his concern as relating to the Service's authority to undertake the operation in issue; but he also noted payments made to an individual involved in terrorism, and explicitly mentioned the *Criminal Code*. AGC counsel assured Justice Noël that the Service had addressed the issue. This was not the case.

[95] Original counsel in [\*\*\*Case A\*\*\*] was replaced in May 2018. In late-May 2018, new counsel acknowledged before Justice Noël that illegality was an issue. That acknowledgement did not paint a full and candid picture of the history of the issue.

[96] I immediately attribute the failure to accurately respond to Justice Noël's concerns to counsel. However, I also understand that this failure must be placed in its broader, more concerning context. Service advisors had known for years that the Service was gathering information used for warrant applications through activities that were on their face illegal: senior AGC counsel addressed the issue in 2015; SIRC raised it in 2016; the NSLAG raised it in its opinion in 2017; and throughout this period, the NSLAG provided opinions on the issue of illegality in operational reviews. Despite all this, experienced NSLAG counsel was apparently unaware that illegality was an issue in April 2018. This demonstrates not only a lack of individual awareness but also a severe institutional failing.

[93] Il ne fait aucun doute que le Service a manqué à l'obligation de franchise dans sa demande de mandats en l'espèce. La possibilité que le Service ait illégalement recueilli des informations dont il s'est servi en appui à une demande de mandats est un élément très pertinent tant pour l'évaluation que fait la Cour de ces informations que pour l'exercice qu'elle fait de son pouvoir discrétionnaire, en fin de compte.

[94] Dans son examen de la demande faite dans le dossier [\*\*\*Dossier A\*\*\*] le juge Noël était clairement préoccupé par la nature de l'opération ayant permis la collecte de certaines des informations à l'appui. Il a d'abord estimé que sa préoccupation avait trait au pouvoir du Service d'effectuer l'opération en cause, mais il a aussi fait remarquer des paiements versés à une personne impliquée dans des activités terroristes et a explicitement mentionné le *Code criminel*. Le procureur général a assuré au juge Noël que le Service avait réglé le problème, mais ce n'était pas le cas.

[95] L'avocat chargé du dossier [\*\*\*Dossier A\*\*\*] a été remplacé en mai 2018. À la fin de mai 2018, l'avocate nouvellement affectée au dossier a reconnu au juge Noël le problème de l'illégalité, ce qui ne traçait pas un portrait complet et franc de l'historique de ce problème.

[96] J'estime d'emblée que l'avocat porte le blâme de ne pas avoir répondu avec exactitude à la préoccupation du juge Noël. Cependant, je comprends que ce manquement s'inscrit dans un contexte élargi et, de ce fait, inquiétant. Les conseillers du Service savaient depuis des années que celui-ci recueillait des informations à l'appui des demandes de mandats au moyen d'activités illégales à première vue. L'avocate principale d'expérience du procureur général a signalé le problème en 2015, et le CSARS, en 2016. Le GLCSN en a fait état dans son avis de 2017. Au cours de cette période, le GLCSN a produit des avis sur le problème de l'illégalité dans les examens opérationnels. Malgré tout cela, en avril 2018, un avocat aguerri du GLCSN ignorait apparemment qu'il y avait un problème d'illégalité. Cela démontre non seulement une certaine méconnaissance sur le plan personnel, mais aussi l'existence de graves défaillances organisationnelles.

(3) *The causes of the breach of the duty of candour*

[97] The significance of the candour breach in this instance, particularly in light of the history of Service non-compliance with the duty, underscores the necessity of attempting to understand the cause of this breach—not to assign blame, but to assure the Court that the Service and the Department of Justice are taking steps to prevent future breaches. The Service and the Department of Justice must identify and address the causes of the breach to re-establish the Court’s trust in their ability to comply with the duty of candour when seeking warrants.

[98] In an effort to understand the causes of the breach, the common issues hearings pursued what AGC counsel has described, somewhat critically, as a searching inquiry. The Court’s inquiries were—and needed to be—searching. This Court and the Canadian public deserve to understand how an issue as fundamental as the illegality of CSIS conduct was not identified and disclosed in the warrant application process.

[99] The AGC submits, and I essentially agree, that the evidence shows that individuals within the Service and the Department of Justice made some efforts to equip those involved in the warrant application process with an understanding of the duty of candour after receipt of the Segal Report. The evidence of the individual witnesses also demonstrates that those witnesses possess an understanding of the nature and import of the duty, and that institutional measures have been adopted to meaningfully implement the recommendations from the Segal Report. Despite all this, the Service and counsel for the AGC have acknowledged that the application in [\*\*\*CaseA\*\*\*] was deficient and the Court has once again been placed in the position of having to address a serious candour breach.

[100] Institutional failings contributed to the breach. In many instances, it appears that questionable individual decision making contributed to or exacerbated the impact of these failings. However, and as was noted in

3) *Causes du manquement à l’obligation de franchise*

[97] Compte tenu des antécédents du Service en la matière, l’importance du manquement en cause à l’obligation de franchise met en relief la nécessité de tenter d’en comprendre la cause, non pour trouver des coupables, mais pour assurer à la Cour que le Service et le ministère de la Justice prennent des mesures pour éviter que la situation se répète. Ces deux organisations doivent trouver les causes du manquement et s’y attaquer afin de rétablir la confiance de la Cour en leur capacité de respecter l’obligation de franchise dans les demandes de mandats.

[98] Pour faire la lumière sur les causes du manquement, les audiences sur les questions d’intérêt commun ont pris la forme de ce que l’avocat du procureur général a décrit, avec un esprit quelque peu critique, comme une démarche inquisitrice. En la matière, les demandes d’informations de la Cour ont revêtu — et devaient revêtir — un tel caractère. La Cour et les Canadiens méritent de comprendre comment une question aussi fondamentale que l’illégalité de la conduite du SCRS a pu ne pas être reconnue ni révélée au cours du processus de demande de mandats.

[99] Dans l’ensemble, je suis d’accord avec le procureur général lorsqu’il soutient, selon la preuve, qu’après avoir pris acte du rapport Segal, des personnes au Service et au ministère de la Justice ont déployé certains efforts pour faire comprendre l’obligation de franchise aux intervenants du processus de demande de mandats. En outre, d’après leurs propos, les témoins comprenaient la nature et de l’importance de l’obligation, et des mesures organisationnelles ont été prises pour assurer une vaste mise en œuvre des recommandations du rapport Segal. Malgré tout cela, le Service et l’avocat du procureur général ont reconnu que leur application a été lacunaire dans le dossier [\*\*\*Dossier A\*\*\*] et la Cour a de nouveau été appelée à se prononcer sur un manquement grave à l’obligation de franchise.

[100] Le manquement est attribuable en partie à des défaillances organisationnelles. Dans de nombreux cas, il semble que des décisions individuelles discutables aient contribué aux répercussions de ces défaillances ou les

the June 2016 *en banc* hearing, for individuals to comply with the duty of candour institutional systems must be designed and implemented in a manner that ensures those who appear before this Court possess all the information they need to satisfy the duty. If institutional systems do not deliver on this core requirement, then the individual commitment to the duty of candour is of limited value, and breaches of the duty will continue to occur.

[101] These reasons focus on institutional shortcomings. This focus reflects the evidence heard and the Court's interest in ensuring that the duty of candour is rigorously upheld on a going-forward basis. The purpose of the common issues hearings was not to inquire into individual conduct or attribute individual responsibility. However, the fact that these reasons do not review the individual decisions and actions that underpinned the Service having embarked upon operations that have now been acknowledged as unlawful does not negate the fact that the evidence does raise questions with respect to individual decision making. Individual conduct may well deserve scrutiny, but that scrutiny should occur in another forum.

[102] For this reason I have purposely avoided the identification of individuals by name in these reasons.

[103] Before I address specific institutional failures, it will be helpful to review the steps taken after the delivery of the January 2017 opinion to the then Director of the Service. The events illustrate certain of the institutional failures to be discussed below. They also reveal the Service's troubling willingness to undertake operations in the face of advice to the effect that the CSIS Act did not authorize the operation. The events also reveal the Department of Justice's equally troubling reluctance to clearly and unequivocally communicate that certain proposed operational activity was illegal, and that the Service lacked the authority to undertake the activity.

aient amplifiées. Cependant, comme cela a été souligné à l'audience de juin 2016, pour que l'individu respecte l'obligation de franchise lorsqu'il se présente devant la Cour, l'organisation doit s'être dotée de systèmes conçus et mis en œuvre de manière à assurer qu'il dispose de toutes les informations dont il a besoin à cet effet. Partant, si les systèmes organisationnels ne peuvent pas répondre à ce besoin fondamental, alors l'engagement individuel à respecter l'obligation de franchise n'a qu'une valeur limitée, et les manquements à cet égard se poursuivront.

[101] Les présents motifs sont axés sur les défaillances organisationnelles. En cela, la Cour tient compte de la preuve en l'espèce et fait état de son intérêt pour le respect rigoureux, à l'avenir, de l'obligation de franchise. Les audiences sur les questions d'intérêt commun ne visaient pas à étudier les comportements individuels ou à jeter le blâme sur quiconque. Certes, les présents motifs ne s'attardent pas aux décisions et aux actions individuelles qui, à la base, ont mené le Service à s'engager dans des opérations maintenant reconnues comme illégales; cela ne signifie pas pour autant que la preuve ne soulève pas de questions relatives à la prise de décisions par des individus. Il y a peut-être bien lieu de procéder à l'examen des comportements individuels, mais cela devra se faire devant une autre instance.

[102] Pour cette raison, j'ai évité d'identifier quiconque nommément dans les présents motifs.

[103] Avant de passer à l'étude de l'une ou l'autre défaillance organisationnelle, il est utile de passer en revue les étapes suivies après la communication de l'avis de janvier 2017 à celui qui était alors directeur du Service. Elles illustrent certaines des défaillances dont il est question plus loin. Elles révèlent en outre, fait troublant, que le Service était disposé à entreprendre des opérations malgré un avis lui signifiant qu'elles n'étaient pas autorisées par la Loi sur le SCRS. Elles révèlent également, fait aussi troublant, que le ministère de la Justice était réticent à signifier au Service, clairement et sans ambiguïté, que des activités opérationnelles qu'il proposait étaient illégales et qu'il n'avait pas l'autorisation de les mener.

(4) *Events following the January 2017 opinion*

[104] After the January 2017 meeting involving the Director, the Deputy Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, the Deputy Minister of Justice, and the National Security and Intelligence Advisor, the Department of Justice quickly initiated a review of the January 2017 opinion. In February 2017, a draft opinion was prepared for the Deputy Minister's signature. This opinion reached the same conclusion as the January 2017 opinion: the Service did not benefit from Crown immunity and legislative reform was needed. This draft opinion was never finalized or sent to the Service. The further work done at the then Deputy Minister's direction identified that law reform was the only option to address the issue of illegality and efforts were then focused on that option, not the generation of another opinion. This conclusion appears to have been reached by mid-February 2017, and by late-February 2017 at the latest.

[105] The Director of the Service expected, but did not receive, a further opinion. The evidence is imprecise on what steps the Director or other Service officials took to determine the status of that opinion but no formal inquiries were made. Similarly, there was no formal communication from the Department of Justice to the Service advising that the opinion was not forthcoming or, in the absence of a further opinion, a communication clarifying the status of the January 2017 opinion. This despite the Director having been advised in writing by the NSLAG Senior General Counsel after the high level January 2017 meeting that "the [opinion] will be reviewed in light of the findings and conclusions that will be reached in this additional work. You may want to retain this note with the earlier memorandum for your records".

[106] The then Director continued to expect a further opinion on Crown immunity up until he retired in May 2017. In the interim, the then Director also understood the Service was to rely on Crown immunity in undertaking any otherwise unlawful operational activity, as it had since 2004.

4) *Événements consécutifs à l'avis de janvier 2017*

[104] Le ministère de la Justice a rapidement amorcé un examen de l'avis de janvier 2017 après la réunion, en janvier 2017, entre le directeur, le sous-ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, le sous-ministre de la Justice et le conseiller à la sécurité nationale et au renseignement. En février 2017, un avis préliminaire a été présenté au sous-ministre pour qu'il l'approuve. Cet avis en arrivait aux mêmes conclusions que celui de janvier 2017 : le Service ne jouissait pas de l'immunité de l'État, et une réforme législative s'imposait. Le ministère de la Justice n'a pas produit de version définitive de cet avis et ne l'a pas communiqué au Service. D'autres travaux ont été entrepris à la demande du sous-ministre d'alors, et il a été conclu, quelque part dans la seconde moitié de février 2017, que la résolution du problème passait nécessairement par une réforme législative. Ainsi, les efforts subséquents ont été axés sur cette solution plutôt que sur la production d'un autre avis.

[105] Le directeur du Service attendait un autre avis, mais ne l'a jamais reçu. La preuve reste vague sur les mesures prises par le directeur ou ses subordonnés pour s'enquérir de l'état d'avancement de cet avis, mais aucune demande officielle n'a été présentée à cet effet. De même, le ministère de la Justice n'a produit aucune communication officielle pour aviser le Service qu'il n'y aurait pas d'autre avis ou, à défaut, pour apporter des précisions à l'avis de janvier 2017. Pourtant, après la réunion au sommet de janvier 2017, l'avocate générale principale du GLCSN avait informé par écrit le directeur que [TRADUCTION] « [l'avis] [allait être] révisé en fonction des conclusions auxquelles parviendront les auteurs des travaux additionnels. Vous avez tout avantage à conserver ce message avec la note de service précédente pour vos dossiers ».

[106] Le directeur d'alors a attendu le nouvel avis sur l'immunité de l'État jusqu'à ce qu'il prenne sa retraite en mai 2017. Entre-temps, il croyait comprendre que le Service devait invoquer cette immunité lorsqu'il entreprenait une activité opérationnelle par ailleurs illégale, comme c'était le cas depuis 2004.

[107] On receipt of the January 2017 opinion, the Director had ceased approving “high legal risk” operations. In late-March 2017, in the absence of further advice, the Director resumed the approval of such operations where, in the Director’s view, the value of the operation justified the risk. The Director’s decision to resume the approval of operations where legality was an issue was made without providing any notice to the Deputy Minister of Justice or any other senior officials. As stated by the *amici*, it appears the Service was willing to let sleeping dogs lie.

[108] The Department of Justice also appeared content with the status quo. No formal advice was provided after the high level January 2017 meeting. The Department of Justice’s efforts relating to the issue of illegality focused on the development of what appears to be forward-looking legislative reform. The NSLAG continued to legally review Service operations in accordance with the Department of Justice legal risk assessment framework and the requirements of the 2015 Ministerial Direction.

[109] In the absence of the promised further legal opinion, the Department of Justice’s position on Crown immunity was less than clear. NSLAG counsel was nonetheless expected to continue to deliver operational legal advice on this issue. Operational legal advisors should not have been placed in this position. Despite being left to their own devices, the operational legal risk assessments that were in evidence indicate that the NSLAG counsel viewed Crown immunity as being unavailable to the Service. Those risk assessments generally concluded that proposed activity that was contrary to Part II.1 of the *Criminal Code*, was not authorized by the CSIS Act, and very probably illegal. Nonetheless, and possibly due to the absence of clarity from senior management, the overarching legal assessment provided by NSLAG counsel to the Service in these instances did not characterize these operations as illegal, but as presenting a “high legal risk”.

[110] Senior Service officials, up to and including the Director, relied upon the legal issue being characterized

[107] Après avoir pris connaissance de l’avis de janvier 2017, le directeur avait cessé d’approuver les opérations qui présentaient des « risques juridiques élevés ». Fin mars 2017, en l’absence d’un nouvel avis, il a recommencé à approuver les opérations dont la légalité soulevait des préoccupations lorsqu’il estimait que l’utilité de l’opération en justifiait le risque. Le directeur a pris cette décision sans en informer le sous-ministre de la Justice ni aucun autre haut fonctionnaire. Comme l’ont dit les *amici*, il semble que le Service n’avait pas l’intention de réveiller le chat qui dort.

[108] Le ministère de la Justice semblait aussi satisfait du statu quo et n’a formulé aucun conseil officiel après la réunion au sommet de 2017. S’agissant du problème de l’illégalité, le ministère a concentré ses efforts sur l’élaboration de ce qui a semblé être une réforme législative tournée vers l’avenir. Le GLCSN a poursuivi l’examen juridique des opérations du Service conformément au cadre d’évaluation des risques juridiques du ministère de la Justice et aux exigences des instructions du ministre de 2015.

[109] En l’absence du nouvel avis juridique promis, la position du ministère de la Justice sur l’immunité de l’État était loin d’être limpide. Il était néanmoins attendu des avocats du GLCSN qu’ils continuent de donner des conseils juridiques à ce sujet dans un contexte opérationnel. Les conseillers juridiques en matière d’opérations n’auraient pas dû être placés dans une telle situation. Les évaluations des risques juridiques des opérations figurant dans la preuve indiquent que, même laissés à eux-mêmes, les avocats du GLCSN estimaient que le Service ne pouvait pas invoquer l’immunité de l’État. Selon ces évaluations des risques, la Loi sur le SCRS n’autorisait généralement pas les activités proposées qui enfreignaient la partie II.1 du *Code criminel*; partant, celles-ci étaient très probablement illégales. Néanmoins, peut-être en raison de l’absence de précisions des cadres supérieurs, selon les évaluations juridiques globales que le GLCSN présentait au Service dans ces cas, ces activités n’étaient pas « illégales », mais comportaient des « risques juridiques élevés ».

[110] Des cadres supérieurs du Service, dont le directeur, ont recommandé et approuvé les activités opérationnelles



as presenting a high risk in recommending and approving the operational activity. Characterizing illegality as a legal risk in effect permitted the Service to engage in the balancing exercise described above: the Service weighed the benefits of the operations against the risk arising from the illegality. This included a consideration of mitigating options that focused on reducing the gravity of the criminal activity. Reduced gravity of course does not necessarily render an illegal activity legal. It does not impact on the fundamental issue of illegality.

[111] In any event, the result of this balancing analysis was the recommendation and ultimate approval of many operations that the Service's legal advisors considered to be illegal.

[112] After March 2017, it does not appear that any effort was made to address the issue of ongoing illegality by the Service or the Department of Justice beyond the operational legal risk assessment process. Affiants instead described efforts to develop an apparently forward-looking justification regime that was included as part of Bill C-59 upon its introduction in Parliament in June 2017. That legislation received Royal Assent in June 2019. The justification regime and its development do not appear to address the Service's day-to-day activities at the relevant times. It was not suggested in either written or oral submissions that the justification regime provides any retroactive or retrospective solution to past circumstances of illegality.

[113] The Service's "high risk legal" operations continued. In May 2017, the Director retired. The position was filled on an interim basis by the then Deputy Director Operations pending the arrival of the newly appointed Director in June 2017. Although the interim Director and incoming Director both knew that Crown immunity was a live issue, both believed that the Department of Justice maintained the position that the doctrine continued to provide some legal protection to the Service in undertaking activities that were on their face illegal.

sur la foi de cette catégorisation, le fait de qualifier de « risque élevé » un problème juridique. En effet, placer l'illégalité dans la catégorie des « risques juridiques » a permis au Service de procéder à l'exercice de pondération dont il est question plus haut : mettre en balance, d'une part, les avantages de l'opération et, d'autre part, les risques posés par son caractère illégal. Dans ce contexte, il a étudié des possibilités d'atténuation consistant à réduire la gravité de l'activité criminelle. Bien sûr, atténuer ainsi une activité illégale ne la rend pas légale pour autant; cela n'a pas d'incidence sur le problème fondamental de l'illégalité.

[111] De toute façon, l'exercice de mise en balance a mené à la recommandation et, en fin de compte, à l'approbation d'un grand nombre d'opérations jugées illégales par les conseillers juridiques du Service.

[112] Après mars 2017, il semble que ni le Service ni le ministère de la Justice n'aient fait quoi que ce soit pour régler le problème d'illégalité récurrent, outre le processus d'évaluation des risques juridiques des opérations. Des déposants ont plutôt parlé des activités d'élaboration du régime de justification apparemment tourné vers l'avenir qui figurait dans le projet de loi C-59, qui a été déposé au Parlement en juin 2017 et qui a reçu la sanction royale en juin 2019. Ce régime et la démarche qui y a donné lieu ne semblent pas s'appliquer aux périodes visées par les activités du Service. Rien, dans les observations orales ou écrites, ne laisse entendre que le régime prévoit une quelconque solution rétroactive ou retrospective aux cas d'illégalité.

[113] Le Service a poursuivi ses opérations comportant des « risques juridiques élevés ». En mai 2017, le directeur a pris sa retraite. Son remplaçant est entré en fonction en juin 2017, le sous-directeur des Opérations d'alors assurant l'interim. Le directeur intérimaire et le nouveau directeur savaient tous eux que la question de l'immunité de l'État restait à trancher. Toutefois, ils croyaient inchangée la position du ministère de la Justice, à savoir que le principe offrait toujours une forme de protection juridique au Service quant à ses activités illégales à première vue.

[114] In September 2017, the Director wrote to the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness with a copy of the correspondence to the Deputy Minister of Justice, the Deputy Minister of Public Security, and the National Security and Intelligence Advisor addressing the Service's approach to the management of issues addressed in Bill C-59 pending passage of the legislation. In addressing Crown immunity, he wrote:

Historically, CSIS has relied on Crown Immunity for its authority to conduct operational activities, including human source operations, that involve otherwise unlawful acts or omissions. As you know, Bill C-59 would provide CSIS with explicit legislative authority to undertake these activities.

Pending passage of the Bill, CSIS will continue to rely on its historic interpretation of Crown Immunity to conduct such operational activities. In doing so, it will continue to assess the operational, political, foreign policy, and legal risks of activities that would otherwise constitute offences, with the Department of Justice providing legal risk assessments. As with the other three risk pillars, where an elevated risk is determined, the value of the operation is measured against identified risks, and opportunities to mitigate such risks are considered. Of note, comprehensive risk assessment training has been developed and will be delivered to CSIS intelligence officers in the coming months.

CSIS continues to conduct thorough reviews of its human source inventory to identify operations of elevated legal risk; this is an ongoing effort. Further to my predecessor's undertakings, I will immediately notify you of high risk operations I approve, should any be identified. [Emphasis added.]

[115] The Director's unambiguous statement that "[p]ending passage of the Bill, CSIS will continue to rely on its historic interpretation of Crown Immunity to conduct such operational activities" is directly at odds with the Department of Justice's conclusion following the January 2017 meeting. Despite this, there is no indication

[114] En septembre 2017, le directeur a écrit au ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile. Il a annexé à sa lettre celle qui avait été adressée au sous-ministre de la Justice, au sous-ministre de la Sécurité publique et au conseiller à la sécurité nationale et au renseignement et qui traitait de l'approche du Service envers la gestion des questions abordées dans le projet de loi C-59 dans l'attente de son adoption. Voici ce qu'il a écrit au sujet de l'immunité de l'État.

[TRADUCTION]

Depuis longtemps, le SCRS tient pour acquis que, sous l'égide de l'immunité de l'État, il est autorisé à mener des activités opérationnelles, dont certaines qui mettent à contribution des sources humaines, qui impliquent la commission d'actes ou d'omissions par ailleurs illégaux. Comme vous le savez, le projet de loi C-59 donnerait explicitement au SCRS le pouvoir d'entreprendre de telles activités.

Dans l'attente de l'adoption du projet de loi, pour mener de telles activités opérationnelles, le SCRS continuera d'interpréter l'immunité de l'État comme il le fait depuis longtemps. Ce faisant, il poursuivra les évaluations des risques opérationnels, politiques, juridiques et liés à la politique étrangère des activités qui, par ailleurs, constitueraient des infractions. Les évaluations des risques juridiques seront effectuées par le ministère de la Justice. Pour cette catégorie de risques comme pour les trois autres, une cote élevée entraîne la mise en balance, d'une part, de l'utilité de l'opération et, d'autre part, des risques reconnus, ainsi que l'examen de possibilités d'atténuation. Je souligne qu'une formation exhaustive en évaluation des risques a été élaborée et sera donnée aux agents de renseignement du SCRS au cours des prochains mois.

Le SCRS poursuit l'examen rigoureux de ses opérations fondées sur des sources humaines afin de repérer celles qui présentent des risques juridiques élevés. Il s'agit d'une mesure permanente. À l'instar de mon prédécesseur, je vous aviserai immédiatement de toute opération à risques élevés que j'approuverai, s'il y a lieu. [Non souligné dans l'original.]

[115] La déclaration sans équivoque du directeur, « [d]ans l'attente de l'adoption du projet de loi, pour mener de telles activités opérationnelles, le SCRS continuera d'interpréter l'immunité de l'État comme il le fait depuis longtemps » va directement à l'encontre de la conclusion formulée par le ministère de la Justice après

in the record that the Department of Justice made any effort to advise the Director that its most recent work on Crown immunity indicated that it was not available to the Service.

[116] Between June 18, 2017, and January 2019, when the Interim Direction issued ceasing the approval of all potentially illegal operations pending implementation of the Bill C-59 justification regime, the Director approved [\*\*\*>10\*\*\*] potentially illegal activities. In approving these activities or operations, the Director's evidence was that he was unaware of the January 2017 opinion. He did not learn of the opinion until late-December 2018. This was after he had sought legal advice on the issue of Crown immunity in response to the questions of illegality being raised in [\*\*\*Case B\*\*\*]

[117] Service officials and NSLAG counsel were aware of the illegality issue through 2017 and 2018. NSLAG counsel continued to review operations where illegality was the issue and the Service continued to approve the operations after engaging in a balancing analysis. Despite the visibility of the issue, neither senior Service officials nor their legal advisors recognized that the collection of information through these operations would or could impact upon the use of that information in the warrant application process. This despite the Senior General Counsel of the NSLAG having flagged this issue in an email in the fall of 2016.

[118] The proceedings in [\*\*\*Case B\*\*\*] resulted in the Director requesting further advice on the availability of Crown immunity from the then recently appointed Senior General Counsel of the NSLAG in November 2018. That opinion was provided to the Director in January 2019.

[119] The January 2019 opinion reached the same conclusion as that reached in the June 2015 opinion provided by the Assistant Deputy Minister of Public Safety, Defence and Immigration, the January 2017 opinion delivered to the then Director, and the draft opinion

la réunion de janvier 2017. Malgré cela, rien n'indique au dossier que ce dernier a tenté d'une quelconque manière d'aviser le directeur que, selon ses plus récents travaux sur la question, le Service ne jouissait pas de l'immunité de l'État.

[116] Du 18 juin 2017 à janvier 2019, lorsque les instructions du ministre ont mis fin à l'approbation de toute opération susceptible d'être illégale dans l'attente de l'adoption du régime de justification prévu par le projet de loi C-59, le directeur a approuvé [\*\*\*>10\*\*\*] activités pouvant être illégales. Selon les éléments de preuve qu'il a présentés, lorsqu'il a approuvé ces activités ou opérations, le directeur n'avait pas connaissance de l'avis de janvier 2017. Ce n'est qu'à la fin de décembre 2018 qu'il en a appris l'existence, c'est-à-dire après avoir demandé un avis juridique sur l'immunité de l'État en réponse aux questions sur l'illégalité soulevées dans le dossier [\*\*\*Dossier B\*\*\*].

[117] Des employés du Service et les avocats du GLCSN étaient au courant du problème de l'illégalité en 2017 et en 2018. Ces avocats ont continué d'examiner des opérations dont l'illégalité était en cause, et le Service a continué de les approuver après l'exercice de mise en balance. Malgré l'évidence du problème, ni les cadres supérieurs du Service ni leurs conseillers juridiques n'ont reconnu qu'il allait ou qu'il pourrait y avoir des conséquences à utiliser, dans une demande de mandats, des informations recueillies lors de telles opérations. À l'automne de 2016, l'avocate générale principale du GLCSN avait pourtant signalé le problème dans un courriel.

[118] L'instance dans le dossier [\*\*\*Dossier B\*\*\*] a mené le directeur, en novembre 2018, à demander un autre avis sur la possibilité d'invoquer l'immunité de l'État à l'avocat général principal du GLCSN, alors en poste, avis qui lui a été communiqué en janvier 2019.

[119] L'avis de janvier 2019 en arrivait à la même conclusion que celui de juin 2015, fourni par le sous-ministre adjoint de la sécurité publique, de la défense et de l'immigration, que celui de janvier 2017 remis à l'ancien directeur, et que l'avis préliminaire préparé en

prepared for but never delivered by the Deputy Minister of Justice in February 2017. The conclusion was stated as follows:

It is our legal opinion that there is no lawful basis for the Service to commit criminal offences under the existing legal framework. The *CSIS Act* does not authorise the Service to engage in criminal conduct, even if it yields valuable intelligence.

[120] The Service immediately initiated concrete measures to address the January 2019 opinion: the Interim Direction was issued; active warrants were reviewed to identify instances where information collected illegally had been relied on in seeking warrants; and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, the Deputy Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, the Deputy Minister of Justice, the National Security and Intelligence Advisor, SIRC, and the National Security and Intelligence Committee of Parliamentarians were briefed.

[121] Almost four years after having been first advised that Crown immunity was unavailable, the Service responded to that advice: operations that in the considered view of the Service's legal advisors were likely illegal would no longer be approved.

[122] It is difficult to overstate how disturbing these circumstances are. Operational activity was undertaken in the face of legal advice to the effect that the activity was not authorized by the *CSIS Act*. Reliance was placed on the Crown immunity doctrine despite the Service having been advised by senior counsel in the context of a revision to the Ministerial Direction that “[b]estowing of Crown immunity on *CSIS* is not consistent with the *CSIS Act*”. Nonetheless, the Service continued to rely on Crown immunity, doing so in the face of unambiguous direction from the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness that the “Service must observe the rule of law in discharging its responsibilities”. And this was done with the apparent acquiescence of the Department of Justice. While the evidence discloses that the operational activity in issue was reported, in some instances belatedly, to the Minister, the reporting

février 2017 — mais jamais communiqué — par le sous-ministre de la Justice. Voici la conclusion exprimée.

[TRADUCTION] À notre avis, dans le cadre juridique en vigueur, il n'existe aucun fondement légitime à ce que le Service commette des infractions criminelles. La *Loi sur le SCRS* ne l'autorise pas à commettre des actes criminels, même s'ils lui permettent d'obtenir des renseignements utiles.

[120] En conséquence, le Service a immédiatement pris des mesures concrètes : donner des instructions provisoires, examiner les mandats en vigueur pour vérifier si des informations recueillies illégalement avaient servi à les obtenir, et informer le ministre et le sous-ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, le sous-ministre de la Justice, le conseiller à la sécurité nationale et au renseignement, le CSARS et le Comité des parlementaires sur la sécurité nationale et le renseignement.

[121] Près de quatre ans après avoir été informé pour la première fois qu'il ne jouissait pas de l'immunité de l'État, le Service a réagi à cet avis : il n'allait plus être question d'approuver les opérations qui, selon l'avis éclairé des conseillers juridiques du Service, étaient probablement illégales.

[122] Il est difficile de trop insister sur le caractère troublant de ces circonstances. Des activités opérationnelles ont été entreprises malgré un avis juridique précisant que la *Loi sur le SCRS* ne les cautionnait pas. Le Service s'est appuyé sur le principe de l'immunité de l'État, même si une avocate principale, dans le contexte d'un examen des instructions du ministre, lui avait affirmé que « [l]e fait de reconnaître l'immunité de l'État au *SCRS* ne s'accorde pas avec la *Loi sur le SCRS* ». Il a néanmoins continué de s'appuyer sur ce principe, même s'il s'était vu signifier sans équivoque par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile qu'il devait « exercer[r] ses fonctions dans le respect de la primauté du droit ». En outre, il a bénéficié, pour ce faire, de l'accord tacite du ministère de la Justice. Si la preuve révèle que les activités opérationnelles en cause ont bel et bien été signalées au ministre, parfois tardivement, il n'en

was couched in the language of “high legal risk”—not illegality.

[123] The circumstances raise fundamental questions relating to respect for the rule of law, the oversight of security intelligence activities, and the actions of individual decision makers. These questions are well beyond the scope of this current proceeding, but are certainly relevant. Observance of the rule of law in not only words but also in fact must be the guiding principle underpinning operational decision-making, even where inconvenient or difficult. If it is not, then how can any Court have confidence that the duty of candour will be respected in difficult or embarrassing circumstances? To paraphrase the McDonald Commission Report, security interests cannot justify the breaking of the law—instead, where the law is overly restrictive, those responsible for security must persuade Parliament to change it (McDonald Commission Report, at Vol. 1, page 45, paragraph 21). Legislated change has been effected in this instance but that change appears to be forward-looking and does not alter the nature or the character of the illegality that preceded it.

[124] It is also important to note that the “risk” assumed in the approval of these operations included the risk of individual Service employees and Service human sources being subjected to criminal prosecution. Were impacted Service employees and human sources made aware that they were at “high risk” of violating provisions of the *Criminal Code*? If not, then what authority, moral or legal, did the Director and senior Service management rely upon in assuming this risk on their behalf? Similar questions arise in regards to the position of Department of Justice counsel who were required to provide operational legal advice to the Service, in the absence of a clear Department of Justice position on the issue of Crown immunity.

reste pas moins que les rapports à cet effet faisaient état de « risques juridiques élevés », pas d’« illégalité ».

[123] Les circonstances soulèvent des questions fondamentales eu égard au respect de la primauté du droit, à la supervision des activités de renseignement de sécurité et aux actions des décideurs. Si elles vont bien au-delà de la portée de l’espèce, elles sont certainement pertinentes. Le respect de la primauté du droit, non seulement dans la parole, mais aussi dans le geste, doit être le principe directeur de la prise de décisions opérationnelles, même lorsqu’il complique la tâche. S’il ne l’est pas, comment un tribunal peut-il alors être persuadé que l’obligation de franchise sera respectée dans des circonstances difficiles ou embarrassantes? Comme il en était question dans le rapport de la Commission McDonald, les intérêts en matière de sécurité ne sauraient justifier d’enfreindre la loi. Si celle-ci est trop restrictive, il incombe plutôt aux responsables de la sécurité de persuader le législateur de la modifier (deuxième rapport de la Commission McDonald, vol. 1, page 45, au paragraphe 21). En l’espèce, les modifications législatives qui ont été apportées semblent tournées vers l’avenir et ne changent ni la nature ni la dimension morale des actes illégaux déjà commis.

[124] Il est aussi important de souligner que les « risques » que comporte l’approbation de telles opérations comprennent celui que des employés et des sources humaines du Service fassent l’objet de poursuites criminelles. Les personnes concernées ont-elles été avisées qu’elles couraient des « risques élevés » d’enfreindre des dispositions du *Code criminel*? Si ce n’est pas le cas, quelle autorité morale ou légale le directeur et les cadres supérieurs du Service ont-ils bien pu invoquer pour prendre sur eux de leur faire courir ces risques? Des questions similaires se posent relativement à la position des avocats du ministère de la Justice qui devaient donner au Service des avis juridiques dans le cadre d’opérations en l’absence de position claire de leur ministère sur la question de l’immunité de l’État.

(5) *Institutional and systemic issues contributing to the candour breach*

[125] The evidence discloses a number of institutional failures that contributed to the candour breach. However, the Court's understanding of the factors contributing the breach is limited by the evidence that was placed before it. Despite the searching nature of the inquiry, the Court has not been exposed to all processes that may be relevant to the candour breach. The identified areas of concern are therefore not exhaustive. They are a starting point for what must, in my opinion, be a more comprehensive review of the processes within the Service and the Department of Justice that impact on the duty of candour. In effect, and despite the expected substantive changes that were to follow the 2016 *en banc* and the Segal Report, serious institutional shortcomings impacting upon the duty of candour remain within the Service and the Department of Justice.

(a) NSLAG knowledge management and information sharing

[126] The Department of Justice's position on Crown immunity and Service illegality lacked clarity and was inconsistently understood by counsel and the Service. I highlight three examples:

- A. The 2016 SIRC recommendation that the Service seek clarification on the issue of Crown immunity addressed an issue that had been clarified in legal advice provided to the Service and the Department of Public Safety and Emergency Preparedness in 2015. The June 2015 advice appears to directly address the 2016 SIRC recommendation, and was generated by the Assistant Deputy Minister responsible for managing the legal services provided to the Service by the NSLAG. SIRC was not advised of the June 2015 advice in the course of its review. It also does not appear either the Service or the AGC brought this advice to the attention of SIRC as a response to the recommendation.

5) *Problèmes organisationnels et systémiques ayant contribué au manquement à l'obligation de franchise*

[125] La preuve fait état d'un certain nombre de défaillances organisationnelles qui ont contribué au manquement à l'obligation de franchise. Cependant, la compréhension qu'a la Cour de ces facteurs est circonscrite par la preuve qui lui a été présentée. Malgré la nature inquisitrice de sa démarche, la Cour n'a pas eu connaissance de tous les processus qui ont pu avoir trait au manquement. Partant, la liste des sujets de préoccupation soulevés n'est pas exhaustive. Elle constitue un point de départ pour ce qui doit être, à mon avis, un examen approfondi des processus qui, au Service et au ministère de la Justice, ont une incidence sur l'obligation de franchise. Dans les faits, malgré les changements importants qui auraient dû être apportés par suite de l'audience de juin 2016 et du dépôt du rapport Segal, le Service et le ministère de la Justice comptent toujours d'importantes défaillances organisationnelles qui ont une incidence sur l'obligation de franchise.

a) Gestion des connaissances et communications d'informations par le GLCSN

[126] La position du ministère de la Justice sur l'immunité de l'État et le problème de l'illégalité au Service manquait de clarté et n'a pas été comprise de manière uniforme par les avocats et le Service. Voici trois exemples de ce que j'avance.

- A. En 2016, le CSARS a recommandé au Service de demander des précisions sur la question de l'immunité de l'État. Or, cette question avait été précisée en 2015 dans un avis juridique communiqué au Service et au ministère de la Sécurité publique et de la Protection civile. L'avis de juin 2015, qui semble être une réponse directe à la recommandation formulée par le CSARS en 2016, a été produit par la sous-ministre adjointe chargée de gérer les services juridiques fournis au Service par le GLCSN. Le CSARS n'a pas été mis au courant de l'avis de 2015 dans le cadre de son étude. En outre, il semble que ni le Service ni le procureur général ne l'aient porté à l'attention du CSARS en réponse à sa recommandation.



- B. In October 2015, the NSLAG provided the Deputy Director Operations an opinion on the issue of Crown immunity. That opinion makes no reference to the Assistant Deputy Minister’s advice a few months earlier. Instead, it states that the official Department of Justice position was that the “Service may rely on Crown immunity”. The Senior General Counsel maintained this opinion had never been finalized. However, the Deputy Director Operations received the opinion and understood from it that the Service could continue to rely on Crown immunity.
- B. En octobre 2015, le GLCSN a donné au sous-directeur des Opérations un avis sur la question de l’immunité de l’État qui ne faisait aucune allusion à l’avis produit par le sous-ministre adjoint quelques mois plus tôt. Il énonçait plutôt que, selon le ministère de la Justice, [TRADUCTION] « le Service [pouvait] invoquer l’immunité de l’État ». L’avocate générale principale a soutenu qu’il n’y avait jamais eu de version définitive de cet avis. Cependant, le sous-directeur des Opérations a reçu l’avis et, sur la foi de celui-ci, a compris que le Service pouvait continuer d’invoquer l’immunité de l’État.

- C. In April 2018, counsel appearing in [\*\*\*Case A\*\*\*] was unaware of legal advice relevant to the file, and in fact appears to have been unaware of the broader issue of illegality in the context of the anti-terrorism provisions of the *Criminal Code*. This despite the numerous pieces of NSLAG advice generated on the issue. This might be attributed to an individual failure however to do so too easily dismisses the institutional responsibility of ensuring that mechanisms are in place to effectively provide those appearing before this Court with the information needed to satisfy the duty of candour.
- C. En avril 2018, l’avocat qui a comparu dans le dossier [\*\*\*Dossier A\*\*\*] n’était pas au fait des avis juridiques pertinents. En fait, il semblait ignorer le grand problème de l’illégalité dans le contexte des dispositions antiterroristes du *Code criminel*, et ce, malgré les nombreux avis générés par le GLCSN à ce sujet. Attribuer cela à une négligence personnelle — bien que cela soit peut-être le cas — serait balayer trop aisément du revers de la main la responsabilité de l’organisation, qui doit se donner des mécanismes lui permettant de fournir efficacement aux personnes qui comparaissent devant la Cour de disposer des informations dont elles ont besoin pour respecter l’obligation de franchise.

[127] Knowledge management and information sharing within the NSLAG must be effective and encompass all counsel, particularly those appearing before the Court.

[127] Le GLCSN doit assurer une gestion des connaissances et une communication d’informations efficaces, qui touche à l’ensemble des avocats, surtout ceux qui comparaissent devant la Cour.

- (b) The Department of Justice legal risk assessment framework

- b) Cadre d’évaluation des risques du ministère de la Justice

[128] As noted, the assessment of legal risk arising from Service operations is conducted under the Department of Justice legal risk assessment framework. There was no suggestion in the evidence that the framework was misapplied. Rather, the evidence indicates that it is poorly suited to assessing and addressing potentially illegal activity.

[128] Comme il a été mentionné, l’évaluation des risques juridiques que présentent les opérations du Service se fait conformément au cadre d’évaluation des risques du ministère de la Justice. Rien dans la preuve ne donne à penser que le cadre a mal été utilisé; elle révèle plutôt qu’il s’agit d’un mauvais outil d’évaluation et d’intervention en ce qui a trait aux actes illégaux.

[129] The framework characterizes all issues in terms of risk. This approach at least suggests that the risk can either be accepted or mitigated. Thus, an activity that plainly breaches the CSIS Act is characterized as a “high legal risk”: one that, when viewed from an operational perspective may be balanced against the benefits of the operation and accepted where the benefits are viewed as being significant. This is exactly what occurred. However, an activity that breaches the CSIS Act is not like any other risk. It is activity that on its face is illegal and if undertaken would also be contrary to the Service’s foundational commitment to collect intelligence within the bounds of the law.

[130] If the proposed Service activity is not authorized by the CSIS Act, there is no room to balance interests: the activity is illegal and cannot proceed, at least not within the bounds of the law. Characterizing unlawful activity in terms of risk does not change the fact that it is illegal.

[131] The legal risk assessment framework mischaracterized Service activity that was on its face illegal as posing a “high legal risk”. In doing so, it allowed decision makers to authorize illegal activity on the basis that it could be weighed against expected benefits. This circumstance not only resulted in the Service engaging in illegal operational activity: it may have also contributed to the failure of those involved in the warrant approval process to identify the information collected as a result of this activity as having been unlawfully collected. Lack of awareness of illegality has been advanced as one explanation for the breach of candour.

- (c) The interplay between counsel’s duty of candour and duty of loyalty

[132] The *amici* argue that the candour breach continued even after counsel identified illegality as an issue in [\*\*\*Case A\*\*\*] This is because counsel did not candidly advise the Court that the Service was aware, based on the legal advice it had received, of the illegal character of the collection activities it had undertaken. The

[129] Le cadre catégorise tous les problèmes selon les risques qu’ils présentent. Cette approche laisse entendre, tout au moins, que les risques peuvent être acceptés ou atténués. Ainsi, une activité qui enfreint manifestement la Loi sur le SCRS entre dans la catégorie « risques juridiques élevés », c’est-à-dire une activité qui, d’un point de vue opérationnel, peut être mise en balance avec les avantages de l’opération et acceptée si les avantages qu’elle procure sont importants. C’est exactement ce qui s’est produit. Toutefois, une activité qui enfreint la Loi sur le SCRS n’est pas un risque comme les autres : elle est à première vue illégale, et la mener serait aussi contraire à l’engagement fondamental du Service de recueillir des renseignements dans le respect de la loi.

[130] Si la Loi sur le SCRS n’autorise pas l’activité, il n’y a pas lieu de procéder à un exercice de mise en balance : l’activité est illégale et ne peut pas être menée, du moins, pas dans le respect de la loi. Le fait de catégoriser une activité illégale selon les risques qu’elle présente ne change rien au fait qu’elle est illégale.

[131] Sur la foi du cadre d’évaluation des risques, il a été jugé à tort que des activités du Service à première vue illégales présentaient des « risques juridiques élevés ». Cela a permis à des décideurs d’autoriser des activités illégales, puisqu’elles pouvaient être mises en balance avec les avantages escomptés. Partant, cette circonstance a non seulement mené le Service à agir dans l’illégalité dans le cadre d’opérations, mais elle a aussi pu contribuer au fait que les intervenants du processus d’approbation des mandats n’ont pas su reconnaître le caractère illégal des informations recueillies au moyen de ces activités. Le manque de sensibilisation au problème de l’illégalité a notamment été invoqué en guise d’explication au manquement à l’obligation de franchise.

- c) Interaction entre l’obligation de franchise et l’obligation de loyauté de l’avocat

[132] Les *amici* soutiennent que le manquement à l’obligation de franchise s’est poursuivi même après que les avocats ont reconnu le problème de l’illégalité dans le dossier [\*\*\*Dossier A\*\*\*], et ce, parce que les avocats n’ont pas, en toute franchise, avisé la Cour que le Service, sur la foi des avis juridiques qu’il avait reçus,

*amici* argue that counsel was required to seek a waiver of privilege prior to appearing before the Court to allow these circumstances to be fully disclosed.

[133] Counsel provided evidence in this proceeding. She acknowledges that she was mindful of her obligations to not disclose legal advice provided to the Service. However, she also testified that in her view there was no obligation to disclose the Service's degree of knowledge or the legal conclusion reached within the NSLAG at that point in the proceedings. She was of the view that having identified the issue of legality as being one of the legal issues to be adjudicated, and in the absence of an admission of illegality, the legal conclusion reached in the AGC advice was subject to argument and to be decided by the Court.

[134] I am persuaded by the *amici* view: in these unique circumstances candour required that counsel seek a waiver of privilege prior to appearing before the Court. However, I recognize that counsel was faced with the difficult task of balancing the duty of candour against the duty to protect privilege. This highlights how the duty of candour can conflict with other professional obligations and the rights of the Service. How counsel resolves these conflicts requires active consideration and discussion in advance of a situation such as the one that arose. Neither the Service nor the Department of Justice were well-positioned to identify and engage in a principled balancing of the competing interests early on in the process. This needs to be addressed moving forward.

(d) The role of the Department of Justice

[135] Similarly, the Department of Justice's role in circumstances where a client is engaging in activity that it views as illegal requires consideration.

[136] Senior Department of Justice counsel provided evidence in the common issues hearing to the effect that where a client—in this case the Service—is advised that there was no credible basis to conclude a certain activity

était au courant du caractère illégal des activités de collecte entreprises. Selon les *amici*, pour que les circonstances aient pu être pleinement exposées, il aurait fallu que les avocats demandent une renonciation au privilège avant de comparaître devant la Cour.

[133] L'avocate qui a témoigné dans l'instance a reconnu qu'elle était consciente de son obligation de ne rien divulguer des avis juridiques fournis au Service. Elle a toutefois ajouté que, selon elle, rien n'obligeait à communiquer l'état des connaissances du Service ni les conclusions juridiques auxquelles était parvenu le GLCSN à cette étape de l'instance. Elle estimait qu'une fois qu'il avait été reconnu que la question de la légalité est l'une des questions juridiques à trancher, et en l'absence d'admission d'illégalité, la conclusion formulée par le procureur général dans son avis juridique pouvait faire l'objet d'observations et d'une décision de la Cour.

[134] L'opinion des *amici* me convainc : dans ces circonstances uniques, l'obligation de franchise nécessitait que les avocats demandent une renonciation au privilège avant de comparaître devant la Cour. Je reconnais toutefois que les avocats ont eu la tâche difficile d'équilibrer obligation de franchise et obligation relative au secret professionnel. Cela souligne que l'obligation de franchise peut entrer en conflit avec d'autres obligations professionnelles et avec les droits du Service. Il est nécessaire d'étudier activement et de discuter de la résolution de ces conflits par les avocats avant toute situation comme celle en l'espèce. Ni le Service ni le ministère de la Justice n'étaient bien placés pour reconnaître la situation et réaliser, très tôt dans le processus, une mise en balance des intérêts concurrents fondée sur des principes. Il est nécessaire de régler cette question.

d) Rôle du ministère de la Justice

[135] De même, il y a lieu de s'attarder au rôle du ministère de la Justice dans les circonstances où un client entreprend des activités qu'il juge illégales.

[136] Dans un témoignage livré à une audience sur les questions d'intérêt commun, une avocate chevronnée du ministère de la Justice a affirmé qu'il était attendu qu'un client — dans ce cas, le Service — qui s'est vu signifier

could legally be undertaken, it was expected that the client would not proceed with that activity. However, counsel was also clear that the Department of Justice's role is not to tell a client what to do.

[137] This may be strictly accurate. Legal advisors are not decision-makers. However, the absence of a decision-making role must be considered within the context of counsel's role as the Attorney General of Canada's representative and the *ex parte, in camera* nature of the proceeding.

[138] Paragraph 4(a) of the *Department of Justice Act*, R.S.C., 1985, c. J-2 imposes an obligation on Department of Justice counsel to do more than simply deliver advice:

**Powers, duties and functions of Minister**

4 The Minister is the official legal adviser of the Governor General and the legal member of the Queen's Privy Council for Canada and shall

(a) see that the administration of public affairs is in accordance with law.

[139] The Supreme Court of Canada has also held that the Attorney General and his agents are not ordinary parties. They have broader responsibilities in relation to the administration of justice (*Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at paragraph 37).

[140] In his article "Loyalty, Legality and Public Sector Lawyers" (2019), 97 *Can. Bar Rev.* 129, sessional professor and former Chief Legislative Counsel in the Department of Justice, John Mark Keyes examined the duty of loyalty that public sector lawyers owe their client and how considerations of legality limit the duty. In reviewing the rationale for and basic elements of the duty of loyalty, Keyes relies on paragraph 12 of *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631, in stating that the duty is essential to preserving the repute of the administration of justice (page 132) and that client confidence in respect for the duty is central to a lawyer's role in the administration of justice (page 132,

qu'aucune donnée probante ne permet de conclure qu'une activité peut être entreprise légalement n'aille pas de l'avant avec l'activité en question. Cependant l'avocate a clairement précisé qu'il n'incombe pas au ministère de la Justice de dicter leur comportement à ses clients.

[137] Cela est, certes, rigoureusement exact : les conseillers juridiques ne sont pas des décideurs. Toutefois, l'absence du rôle décisionnel doit être placée dans le contexte de la fonction qu'assume l'avocat à titre de représentant du procureur général et de la nature à huis clos et *ex parte* de l'instance.

[138] L'alinéa 4a) de la *Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.C. (1985), ch. J-2, contraint les avocats du ministère de la Justice à ne pas s'en tenir à la simple prestation de conseils.

**Attributions**

4 Le ministre est le conseiller juridique officiel du gouverneur général et le juriconsulte du Conseil privé de Sa Majesté pour le Canada; en outre, il :

a) veille au respect de la loi dans l'administration des affaires publiques.

[139] La Cour suprême du Canada a aussi soutenu que le procureur général et ses représentants ne sont pas des parties comme les autres. Ils sont des obligations accrues en matière d'administration de la justice (*Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, au paragraphe 37).

[140] Dans son article « Loyalty, Legality and Public Sector Lawyers » (loyauté, légalité et avocats de la fonction publique), (2019), 97 *Rev. du B. can.* 129, chargé de cours et ex-premier conseiller législatif au ministère de la Justice, John Mark Keyes s'est penché sur l'obligation de loyauté des avocats de la fonction publique envers leur client et sur la limite que lui imposent les questions de légalité. Dans son examen de la justification et des éléments fondamentaux de l'obligation de loyauté, M. Keyes évoque le paragraphe 12 de l'arrêt *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631, pour affirmer que cette obligation est essentielle à la préservation de l'intégrité de l'administration de la justice (à la page 132) et

citing *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401, at paragraph 83).

[141] Keyes notes, however, that the duty of loyalty does not mean that a government sector lawyer is to be silent in the face of illegality. He points to the Federation of Law Societies of Canada's *Model Code of Professional Conduct* as recognizing and reflecting the limits of the duty of loyalty in such circumstances. He concludes that "like other members of legal professional bodies, public sector lawyers are required to withdraw from participating in activities they 'know' constitute wrongdoing" (page 137). The threshold is high and is not satisfied where there exists a "risk" of illegality but the limits of the duty of loyalty are reached where "there is no basis for believing there is a legal argument to support government action" (page 149).

[142] Keyes further concludes that public sector lawyers do not exercise decision-making power and as such do not attract a higher duty than do other members of the legal profession to advance the values of the rule of law and legality of government activity. While I am not prepared to endorse this view, Keyes does note at page 141 that:

A public sector lawyer's duty to advance the rule of law is to provide solid advice on the legality of government action ... it is to encourage decisions that not only minimize risk that the action may be challenged legally and found to be outside the law, but also advance constitutional values, including the rule of law. [Footnote omitted.]

[143] What is "solid advice"? Keyes does not define the term but it must as a minimum capture the concepts of coordinated, timely and unambiguous advice, advice that is developed and delivered to encourage the decision-maker

que la confiance du client envers le respect de l'obligation est au cœur du rôle joué par l'avocat dans l'administration de la justice (à la page 132, citant l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401, au paragraphe 83).

[141] M. Keyes souligne toutefois que l'obligation de loyauté ne signifie pas qu'un avocat du gouvernement doit rester silencieux face à l'illégalité. Il cite en exemple le *Code type de déontologie professionnelle* de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, qui reconnaît les limites de l'obligation de loyauté dans un tel contexte et en tient compte. Il conclut que, [TRADUCTION] « comme tout autre membre d'un ordre de juristes, l'avocat de la fonction publique doit s'abstenir de prendre part à toute activité qui, "à sa connaissance", est un acte répréhensible » (à la page 137). Il s'agit d'un seuil que ne permet pas d'atteindre le simple « risque » qu'une activité soit illégale. Toutefois, il est franchi lorsque [TRADUCTION] « rien ne permet de croire que l'action gouvernementale a un fondement juridique » (à la page 149).

[142] M. Keyes conclut en outre que les avocats de la fonction publique n'ont pas de pouvoir décisionnel et, partant, qu'ils ne sont pas assujettis à des critères plus contraignants que les autres juristes quand il s'agit de mettre de l'avant la primauté du droit et la légalité des activités du gouvernement. Je ne suis pas prêt à partager cette opinion. Toutefois, à la page 141, M. Keyes souligne ceci :

[TRADUCTION] S'agissant du respect de la primauté du droit, l'avocat de la fonction publique a pour devoir de donner des conseils avisés sur la légalité des mesures gouvernementales [...] de favoriser les décisions qui, non seulement, diminuent le risque que la mesure soit déclarée illégale à l'issue d'une contestation judiciaire, mais aussi qui mettent de l'avant les valeurs constitutionnelles, dont la primauté du droit. [Note en bas de page omise.]

[143] Mais qu'est-ce qu'un « conseil avisé »? M. Keyes n'en donne pas de définition, mais le terme doit minimalement englober les concepts de « coordination », d'« à-propos » et de « limpidité », c'est-à-dire des

to undertake actions that are consistent with the rule of law.

[144] In the face of activity involving the administration of public affairs that is inconsistent with the rule of law, it cannot be enough to simply provide legal advice and let the chips fall where they may. As discussed above, in September 2017, the Director gave the Department of Justice formal notice that the Service, as a matter of policy, “will continue to rely ... on *Crown Immunity*” to conduct unlawful operational activities. The Department of Justice’s apparent inaction in the face of this information where it had reached the conclusions set out in the January 2017 opinion fall well short of its obligations to ensure that public affairs are administered according to law.

[145] In this regard, I note that the McDonald Commission Report recognized the importance of the role of the Minister of Justice in ensuring a security intelligence agency operates within the law, stating that the Department of Justice’s role is crucial in ensuring that “the security intelligence agency conducts its activities within the law” (McDonald Commission Report, Vol. 2, Part VIII, at page 878, paragraph 84).

[146] The McDonald Commission Report also addresses the role of the legal advisor where an issue of illegality arises, stating (McDonald Commission Report, Vol. 2, Part VI, at pages 737–738, paragraph 136):

.... The advice of the legal adviser as to the legality of an operation must be binding on the agency unless a contrary opinion is given by the Deputy Attorney General of Canada. Any knowledge by the legal adviser, either before or after the fact, of any illegal act by the agency must be reported by him to the Deputy Attorney General of Canada.

[147] This is not to excuse the Service. It shares responsibility for what, in its best light, can be characterized as an unwillingness to clarify legal advice impacting on the lawfulness of its operations.

conseils élaborés et formulés pour amener le décideur à prendre des mesures qui respectent la primauté du droit.

[144] S’agissant d’activités relatives à l’administration des affaires publiques non compatibles avec la primauté du droit, il ne saurait être suffisant de se contenter de donner un avis juridique, puis de laisser les choses suivre leur cours. Comme il en a été question plus haut, en septembre 2017, le directeur a officiellement signifié au ministère de la Justice que le Service allait d’office continuer d’invoquer l’immunité de l’État pour mener des activités opérationnelles illégales. Par son inaction apparente eu égard à cette information, alors qu’il en était arrivé aux conclusions établies dans l’avis de 2017, le ministère de la Justice est bien loin d’avoir respecté son obligation d’assurer l’administration des affaires publiques conformément à la loi.

[145] À cet égard, je souligne que le rapport de la Commission McDonald reconnaît l’importance du rôle du ministre de la Justice dans le respect des lois par un service de renseignement de sécurité : le ministère a « un rôle déterminant à jouer lorsqu’il s’agit de veiller à ce que les activités du service de renseignement pour la sécurité restent dans les limites de la légalité » (rapport de la Commission McDonald, vol. II, partie VIII, à la page 925, au paragraphe 84).

[146] Le rapport de la Commission McDonald aborde aussi le rôle du conseiller juridique lorsqu’est soulevé un problème d’illégalité (Rapport de la Commission McDonald, vol. II, partie VI, à la page 777, au paragraphe 136.) :

[...] Le service doit être lié par l’opinion du conseiller juridique quant à la légalité d’une opération, à moins que le sous-procureur général du Canada n’émette une opinion contraire. Le conseiller juridique doit signaler à ce dernier, soit avant, soit après coup, tout acte illégal commis par le service dont il a eu connaissance.

[147] Cela n’excuse en rien le Service, qui a sa part de responsabilité dans ce qu’il convient d’appeler, au mieux, un manque de volonté quant à l’obtention de précision sur des avis juridiques qui avaient une incidence sur la légalité de ses opérations.



## (e) The warrant application process

[148] The warrant application process generally involves a detailed, multi-step process. Despite this, no one involved in it recognized the illegality issue, or that inclusion of information in the warrant applications collected through “operations not authorized by the *CSIS Act*” must be disclosed to the Court in order to comply with the duty of candour.

[149] How the issue was not identified is far from clear. Many individuals involved in the review and approval process were at least aware of the issue of illegality subsequent to the January 2017 opinion. They had also participated in the review and approval of the operations involving illegality and relied on in the warrant applications.

[150] Further, in the fall of 2016, in two separate documents, NSLAG counsel identified to the Service that reliance on illegally collected information could impact on how that information may be treated by a designated judge. The NSLAG addressed the issue as follows in draft advice that was provided to the Service:

Finally, the Service should consider flagging reporting from [\*\*\*] in a particular way so that it can monitor closely whether information obtained from [\*\*\*] is used in making applications for warrants pursuant to s. 21, or for making disclosure to law enforcement pursuant to s. 19. This is because the information being relied on or disclosed will be up for examination by a court and, in the context where it is relied on by law enforcement to support eventual criminal charges, subject to challenge by an accused. In terms of consequences, relying on information that itself was obtained illegally could engage a whole host of liabilities, including impacting the outcome of criminal prosecutions. Thus care should be exercised in allowing this information to be used in judicial proceedings. [Redactions in original.]

[151] Despite the NSLAG’s warning to the Service that a “host of liabilities” could arise from using illegally

## e) Processus de demande de mandats

[148] En général, une demande de mandats implique un processus détaillé qui compte de nombreuses étapes. Malgré cela, aucun des intervenants n’a constaté le problème de l’illégalité ni n’a reconnu qu’en vertu de l’obligation de franchise, il est nécessaire de communiquer à la Cour que des informations recueillies au moyen [TRADUCTION] d’« opérations non cautionnées par la *Loi sur le SCRS* » figurent dans la demande de mandats.

[149] Comment se fait-il que le problème n’ait pas été constaté? Cette question n’a aucune réponse évidente. Tout au moins, nombre des intervenants du processus d’examen et d’approbation étaient au courant du problème de l’illégalité par suite de l’avis de janvier 2017. Ces personnes avaient aussi participé à l’examen et à l’approbation des opérations impliquant des actes illégaux dont le produit avait été utilisé dans les demandes de mandats.

[150] En outre, à l’automne de 2016, dans deux documents distincts, les avocats du GLCSN ont signalé au Service que le recours à des informations recueillies illégalement pourrait avoir des répercussions sur le traitement qu’en ferait un juge désigné. Voici comment le GLCSN a abordé la question dans un avis préliminaire communiqué au Service.

[TRADUCTION] Enfin, le Service devrait envisager de marquer d’une manière particulière les informations provenant de [\*\*\*] afin de pouvoir déterminer avec précision si elles sont utilisées dans les demandes de mandats faites en vertu de l’article 21 ou de pouvoir les communiquer aux forces de l’ordre, en vertu de l’article 19. En effet, les informations utilisées ou communiquées pourront être examinées par un tribunal et, dans l’éventualité où elles serviraient à étayer des accusations criminelles, pourront être contestées par un intimé. Partant, s’il se fait à des informations elles-mêmes obtenues illégalement, le Service pourrait se voir imputer de nombreuses responsabilités, notamment celle d’avoir nui à des poursuites criminelles. Il y a donc lieu de ne permettre l’utilisation de telles informations lors d’instances judiciaires qu’avec circonspection. [Passage caviardé dans l’original.]

[151] Même si le GLCSN l’avait prévenu que l’utilisation d’informations recueillies illégalement lors

collected information in other judicial proceedings, the Service carried on with this practice.

(f) Information silos and compartmentalization

[152] One reason why the Service and its counsel did not identify illegally collected information as an issue is that information relevant to the warrant application process was inaccessible, or not readily accessible, to those involved in the process. This is particularly the case in regards to human source files.

[153] The November 7, 2019, affidavit filed on behalf of the Service describes a number of measures undertaken to address this issue. Since August 2019, NSLAG counsel involved in the application process have had access to human source files whenever necessary in the application preparation process. The Service also established the CSIS Affiant Unit in August 2019. Finally, the Service has engaged a former Deputy Minister of Justice to review Service practices regarding disclosure of information about human sources in warrant applications. This review is focused on the non-disclosure in [\*\*\*Case D\*\*\*] These measures are all represented as responsive to the issue of affiant and counsel access to human source files.

[154] However, information silos and compartmentalization extend to others that play key challenge and approval roles in the process. The changes described in the November 2019 affidavit do not address how senior individuals, both legal and operational, failed to identify the illegality issue in fulfilling their challenge and approval functions.

[155] The issue of illegality was not new to senior officials in the Service or the NSLAG. The consequences of relying on information from the impugned operations were identified as problematic by NSLAG counsel in late-2016. The Director's evidence was that he approved [\*\*\*>10\*\*\*] of these operations between June 2017 and

d'instances judiciaires pourrait lui valoir de se faire imputer de « nombreuses responsabilités », le Service n'a pas cessé cette pratique.

f) Cloisonnement des informations

[152] Le fait qu'il ait été impossible ou difficile, pour les intervenants, d'accéder aux informations utiles au processus de demande de mandats explique en partie que le Service et ses avocats n'ont pas constaté le problème de la collecte illégale d'informations. Cela s'avère particulièrement pour ce qui est des dossiers des sources humaines.

[153] L'affidavit déposé le 7 novembre 2019 au nom du Service décrit différentes mesures prises pour régler ce problème. Depuis août 2019, l'avocat du GLCSN qui participe au processus de demande a accès aux dossiers des sources humaines au besoin pendant la préparation. De même, en août 2019, le Service a créé la Sous-section des déposants. Enfin, le Service a chargé un ancien sous-ministre de la Justice de revoir ses pratiques de communication d'informations sur les sources humaines dans les demandes de mandats. Cet examen est axé sur le cas de non-communication dans le dossier [\*\*\*Dossier D\*\*\*] Toutes ces mesures sont présentées comme une réponse au problème d'accès aux dossiers des sources humaines qu'ont le déposant et l'avocat.

[154] Toutefois, le cloisonnement des informations touche aussi à d'autres intervenants qui jouent des rôles de contestation et d'approbation essentiels au processus. Les modifications signalées dans l'affidavit de novembre 2019 ne permettent pas de déterminer comment des personnes haut placées du volet opérationnel et du volet juridique n'ont pas su constater le problème de l'illégalité dans l'exercice de leurs fonctions de contestation et d'approbation.

[155] Les cadres supérieurs du Service et le GLCSN connaissaient déjà le problème de l'illégalité. À la fin de 2016, les avocats du GLCSN avaient constaté les conséquences néfastes de l'utilisation d'informations découlant des opérations contestées. Selon les éléments de preuve qu'il a présentés, le directeur a approuvé

December 2018. In this context, even if it was not evident that a specific questionable operation was linked to a warrant application, the possibility that this would arise was not hypothetical. Yet no senior individual identified or sought to address this possibility in recommending warrant applications moving forward.

[156] The decision to extend broader access to human source files to application counsel is essential if counsel is to meaningfully fulfill their role. However, this requirement was highlighted to the Service by Justice Noël in *Harkat (Re)*, 2009 FC 1050, [2010] 4 F.C.R. 149, at paragraphs 48–49. The implementation at this point, of a measure that was identified as necessary by a designated judge over a decade ago does little to contribute to the rebuilding of confidence and trust.

(g) Communications among senior Service officials

[157] The facts disclosed in the common issues proceedings also raise questions relating to information sharing among senior Service officials.

[158] Remarkably, the evidence indicates that senior operational decision-makers within the Service had little more than a general knowledge of the January 2017 opinion. This despite the fact that the then Director described the opinion as likely requiring the Service to stop a number of counter-terrorism operations and as potentially having enormous implications on Service employees. Although the then Director participated in a senior level meeting outside the Service to address the implications of the opinion it does not appear the opinion was subject to similar scrutiny among and between senior officials within the Service. This absence of a shared and detailed understanding of the opinion extends to the details surrounding the further advice the then Director expected to receive from the Department of Justice.

[\*\*\*>10\*\*\*] de ces opérations de juin 2017 à décembre 2018. Même s'il n'était pas manifeste, en contexte, qu'une opération douteuse avait un lien avec une demande de mandats, cette possibilité n'était pas que théorique. Pourtant, aucune des personnes haut placées n'a reconnu cette possibilité ni tenté d'en faire état au moment de donner le feu vert aux demandes de mandats en cause.

[156] Pour que les avocats impliqués dans les demandes puissent s'acquitter de leur tâche adéquatement, il est essentiel d'accroître leur accès aux dossiers des sources humaines. D'ailleurs, le juge Noël a souligné cette nécessité au Service dans la décision *Harkat (Re)*, 2009 CF 1050, [2010] 4 R.C.F. 149, aux paragraphes 48 et 49. Le fait de mettre en œuvre à ce moment une mesure qu'un juge désigné a estimé nécessaire il y a plus d'une décennie ne contribue pas particulièrement au rétablissement de la confiance.

(g) Communication entre les cadres supérieurs du Service

[157] Les faits révélés au cours de l'instance sur les questions d'intérêt commun ont aussi soulevé des questions sur l'échange d'informations entre les cadres supérieurs du Service.

[158] Fait remarquable, selon la preuve, des décideurs opérationnels haut placés au Service n'avaient qu'une connaissance sommaire de l'avis de janvier 2017, et ce, même si le directeur d'alors avait affirmé que cet avis allait probablement contraindre le Service à mettre fin à un certain nombre d'opérations antiterroristes et qu'il pourrait avoir une incidence énorme sur les employés du Service. Bien que le directeur ait pris part à une réunion de haut niveau à l'extérieur du Service pour discuter des répercussions de l'avis, il ne semble pas que les cadres supérieurs aient accordé à l'avis une attention du même calibre. L'absence d'une compréhension profonde et commune de l'avis s'applique aussi aux détails concernant l'avis ultérieur que le directeur d'alors s'attendait à recevoir du ministère de la Justice.

[159] The absence of any detailed awareness among senior Service officials of an issue that held such enormous implications for the Service is surprising and difficult to comprehend. How was a legal opinion that in the Director's opinion so fundamentally impacted upon the Service not the subject of detailed review, discussion and analysis at senior levels within the service? This was not explained in the evidence. Similarly the resumption of the approval of high risk operations in March 2017 raises questions relating to knowledge and communications both within and outside the Service.

[160] The approval of operations impacted by the January 2017 opinion was suspended by the then Director after he received the opinion. Following the January 2017 meeting with the Deputy Minister of Justice and others, the Director expected a further legal opinion addressing the ability of the Service to rely on the Crown immunity doctrine. He continued to expect this opinion until his retirement in May 2017. In the absence of this further opinion and without any notice to senior officials outside the Service, most importantly the Deputy Minister of Justice, the Director recommenced the approval of impacted operations in March 2017. In doing so, the first approvals of "high legal risk" operations included a caveat stating the approval was provided pending a final opinion from the Department of Justice. This caveat disappeared from later approvals.

[161] Despite approving a significant number of operations that were characterized as "high legal risk" because they involved illegality, the incoming Director was not aware of the January 2017 opinion. He was aware that an opinion was forthcoming from the Deputy Minister of Justice on Crown immunity. However, neither he nor any other senior official within the Service sought to determine the status of the anticipated opinion. Had such an inquiry been made, presumably the Director would have been told no further advice was to be provided, a decision that had been reached within the Department of Justice by late-February 2017. Similarly, in seeking the Director's approval of operations involving illegality, no senior official within the Service or the NSLAG advised

[159] Il est surprenant et difficile de concevoir que les cadres supérieurs du Service aient pu ainsi ignorer en grande partie un enjeu pouvant avoir des répercussions aussi énormes sur l'organisation. Comment expliquer qu'un avis juridique qui, selon le directeur, avait une incidence aussi fondamentale sur le Service n'ait pas été décortiqué, discuté et analysé en profondeur dans les hautes sphères de l'organisation? L'explication ne se trouve pas dans la preuve. De même, la reprise, en mars 2017, de l'approbation des opérations comportant des risques élevés soulève des questions quant aux connaissances et aux communications, tant au Service qu'à l'extérieur.

[160] Après avoir pris connaissance de l'avis de janvier 2017, le directeur d'alors a cessé d'approuver les opérations en cause. Après la réunion de janvier 2017 avec le sous-ministre de la Justice et d'autres intervenants, le directeur s'attendait à recevoir un autre avis juridique sur le principe de l'immunité de l'État et son invocation par le Service. Il l'a attendu jusqu'à son départ à la retraite en mai 2017. En mars 2017, en l'absence de ce nouvel avis et sans informer de hauts fonctionnaires à l'extérieur du Service, en particulier le sous-ministre de la Justice, le directeur a recommencé à approuver les opérations présentant des « risques juridiques élevés ». Les premiers documents d'approbation comportaient une mise en garde selon laquelle l'approbation était accordée dans l'attente d'un avis définitif du ministère de la Justice. Cette mise en garde ne figure plus dans les documents les plus récents.

[161] Bien qu'il ait approuvé un grand nombre d'opérations censées comporter des « risques juridiques élevés » parce qu'elles impliquaient la commission d'actes illégaux, le nouveau directeur ignorait tout de l'avis de janvier 2017. Il savait que le sous-ministre de la Justice était censé produire un avis sur l'immunité de l'État. Toutefois, ni lui ni aucun autre cadre supérieur du Service n'a tenté de savoir où cet avis en était rendu. Il est possible de présumer que le directeur, s'il avait posé la question, se serait fait répondre qu'il n'y aurait pas d'autre avis juridique sur cette question; en effet, cette décision avait été prise au ministère de la Justice à la fin de février 2017. En outre, dans les demandes d'approbation d'opérations impliquant la commission d'actes

the Director of the existence of the January 2017 opinion, the final substantive advice the Service had received on the issue of Crown immunity.

[162] The issue of illegality appears to have simply not been a topic of discussion. There was a willingness to rely on the framing of the issue as one of risk to be weighed against other interests and objectives pending receipt of legal advice, advice that was not pursued. Both senior Service officials and the Department of Justice were also content to view legislative reform as the solution. But of course this solution did not address ongoing operational activity or provide a basis upon which to approve operational activity prior to the limited justification regime coming into force.

(6) *Conclusion on candour*

[163] The security intelligence function is vital to the nation's security. I appreciate the challenges that those charged with the responsibilities of carrying out this function face. Despite these challenges, this Court and the Canadian public must have confidence that respect for the rule of law is and remains a foundational principle underpinning all national security intelligence decision making. The circumstances disclosed here suggest a degree of institutional disregard for—or, at the very least, a cavalier institutional approach to—the duty of candour and regrettably the rule of law.

[164] This is not to suggest that departures from the rule of law may not, very exceptionally, arise. Error, poor judgment, or perhaps even exigent circumstances may result in a departure from this foundational principle. Section 20 of the CSIS Act recognizes this possibility and provides a mechanism for reporting and addressing such circumstances.

illégaux présentées au directeur, aucun cadre supérieur du Service ni le GLCSN ne l'ont mis au courant de l'avis de janvier 2017, c'est-à-dire du dernier document substantiel reçu par le Service sur la question de l'immunité de l'État.

[162] Il semble que le problème de l'illégalité n'ait tout simplement pas été un sujet de discussion. Les intervenants semblaient disposés à considérer ce problème comme l'un des risques à mettre en balance avec d'autres intérêt et objectifs, dans l'attente d'un avis juridique dont la progression n'a pas fait l'objet d'un suivi. Tant les cadres supérieurs du Service que le ministère de la Justice se sont accommodés de la réforme législative comme solution, sauf que, bien sûr, cette solution ne touchait pas aux activités opérationnelles en cours et ne permettait en rien d'appuyer l'approbation de ces activités avant l'entrée en vigueur du régime de justification limité.

6) *Conclusion sur l'obligation de franchise*

[163] Le renseignement de sécurité est essentiel à la sécurité nationale. Je suis conscient des défis que doivent relever celles et ceux qui en ont la responsabilité. Toutefois, malgré cela, la Cour et le public canadien doivent être persuadés que le respect de la primauté du droit est, et demeure, un principe fondamental de toute décision relative au renseignement de sécurité au pays. Les circonstances exposées dans les présentes donnent à penser qu'à l'échelle organisationnelle, dans une certaine mesure, les différents intervenants ont fait peu de cas de l'obligation de franchise et — malheureusement — de la primauté du droit ou, tout au moins, ont adopté à leur égard une attitude cavalière.

[164] En cela, je ne laisse pas entendre qu'il ne peut jamais y avoir non-respect de la primauté du droit. Des circonstances très exceptionnelles (erreur, manque de jugement, voire situation d'urgence) peuvent entraîner un manquement à ce principe fondamental. L'article 20 de la Loi sur le SCRS reconnaît cette possibilité et prévoit un mécanisme de signalement et de règlement pour de telles circonstances.

[165] In *Associated Data*, Justice Noël queried what must be done to ensure this Court's findings in relation to candour are taken seriously [at paragraph 108]:

... I find that the CSIS has breached its duty of candour by not informing the Court of its associated data retention program. In *X (Re)*, cited above, my colleague Justice Mosley, on a different factual basis, also concluded that a breach of the duty of candour had occurred. I make a similar finding three years later. I wonder what it will take to ensure that such findings are taken seriously. Must a contempt of Court proceeding, with all its related consequences, be necessary in the future? [Emphasis added.]

[166] I am left with the same question.

[167] In 2016, after the Court's June *en banc* and the conclusion in *Associated Data* that the Service had breached the duty of candour, the Service made efforts to improve its ability to comply with the duty. These efforts included the commission of the Segal Report, enhanced reporting to the Court, and improved individual training in respect of candour obligations and the issuance of a joint Service–Department of Justice policy addressing the duty of candour (*Policy of the Department of Justice Canada and the Canadian Security Intelligence Service on the Duty of Candour in ex parte Proceedings*, February 23, 2017). These efforts suggest that the Service and the Department of Justice did take the Court's conclusions seriously. Yet, even as the Segal Report recommendations were being implemented, the events underpinning this latest candour breach were unfolding.

[168] The evidence indicates that the issue of potential illegality was widely known within the circle of those organizations and institutions that play a role in the oversight or management of CSIS operations. SIRC has undertaken reviews and identified concerns to the Service; Public Safety and the Privy Council Office also had knowledge not later than January 2017 as a result of the meeting convened by the then Director that was

[165] Dans la décision *Données connexes*, le juge Noël s'est interrogé sur la nature des mesures à prendre pour que les conclusions de la Cour au sujet de l'obligation de franchise soient prises au sérieux [au paragraphe 108] :

[...], je conclus que le SCRS a manqué à son obligation de franchise en omettant d'informer la Cour de son programme de conservation des données connexes. Dans la décision *X (Re)*, précitée, mon collègue le juge Mosley, dans un contexte factuel différent, a également conclu à un manquement à l'obligation de franchise. J'arrive à une conclusion similaire trois ans plus tard. Je me demande ce qui sera nécessaire pour s'assurer que de telles conclusions sont prises au sérieux. Sera-t-il nécessaire de recourir à une procédure d'outrage au tribunal, qui comporte de nombreuses conséquences? [Non souligné dans l'original.]

[166] Je me pose la même question.

[167] En 2016, par suite de l'audience de juin 2016 et des conclusions dans la décision *Données connexes* quant au manquement à l'obligation de franchise, le Service a pris des mesures pour améliorer sa capacité en la matière. Il a notamment commandé la production du rapport Segal, accru la reddition de comptes à la Cour, amélioré la formation individuelle sur l'obligation de franchise et produit une politique commune avec le ministère de la Justice à ce sujet (*Politique du ministère de la Justice du Canada et du Service canadien du renseignement de sécurité sur l'obligation de franchise lors d'instances ex parte*, 23 février 2017). Ces actions donnent à penser que le Service et le ministère de la Justice ont pris au sérieux les conclusions de la Cour. Malgré cela, au moment même où le Service mettait en œuvre des mesures découlant des recommandations du rapport Segal, les événements qui sous-tendent le dernier manquement à l'obligation de franchise se déroulaient.

[168] Selon la preuve, le problème de la possible illégalité était très bien connu dans le cénacle des organisations et des institutions qui jouent un rôle dans la surveillance ou la gestion des opérations du Service. Le CSARS a effectué des examens et signalé ses préoccupations au Service; Sécurité publique et le Bureau du conseil privé en avaient aussi connaissance, et ce, dès janvier 2017, par suite de la réunion alors convoquée par



attended by the then Deputy Minister of Public Safety and the then National Security Advisor. Despite this widespread knowledge and the potential relevance the issue of illegality had in the context of warrant applications, the matter was never brought to this Court's attention. This is inexcusable, particularly where there was a heightened awareness of the import of the duty of candour and ongoing engagement between the Court, the Service and the Department of Justice in the aftermath of the *Associated Data* decision and the Segal Report. It appears only the Court was left in the dark.

[169] A contempt proceeding may lead to institutional or individual consequences. It would provide a forum for the Court to again express its concerns with the breach and the circumstances underlying it. This might be adequate if the breach were linked to discrete individual or institutional failings. It is not. There are many factors that contributed to this latest candour breach. These reasons have flagged some of those factors. But this is not a complete or comprehensive catalogue of the shortcomings that contributed to the breach. A contempt proceeding would also fall well short of exploring and addressing the rule of law questions that have arisen in these proceedings.

[170] The breach of candour in this instance is symptomatic of broader, ongoing issues relating to the Service's organizational and governance structure and perhaps institutional culture. The common issues hearings have raised questions relating to the manner in which legal services are structured and delivered to the Service and, even more fundamentally, the roles and responsibilities of AGC counsel. Why were interim measures to address the issue of illegality not pursued prior to January 2019? To not address these questions, questions that impact upon but extend well beyond the matter before the Court, will negatively impact upon public confidence and trust in the Service.

le directeur et à laquelle avaient assisté le sous-ministre de la Sécurité publique et le conseiller à la sécurité nationale (postes qui, depuis, ont changé de titulaire). Malgré cette connaissance répandue et l'importance éventuelle du problème de l'illégalité dans le contexte des demandes de mandats, cette question n'a jamais été portée à l'attention de la Cour. Rien n'excuse cet état de fait, compte tenu, surtout, que dans la foulée de la décision *Données connexes* et du rapport Segal, la Cour, le Service et le ministère de la Justice sont très sensibilisés à l'importance de l'obligation de franchise et entretiennent une collaboration à ce sujet. Il semble que seule la Cour ait été laissée dans l'ignorance.

[169] Une procédure d'outrage au tribunal peut avoir des conséquences pour l'organisation ou les personnes. Elle donnerait l'occasion à la Cour de réitérer ses préoccupations quant au manquement et aux circonstances qui y ont mené. Cette mesure serait adéquate si le manquement était attribuable à la négligence d'une personne ou à un problème organisationnel en particulier. Or, ce n'est pas le cas. Ce dernier manquement à l'obligation de franchise est le fait de nombreux facteurs. J'aborde certains d'entre eux dans les présents motifs, qui n'en dressent pas la liste exhaustive. En outre, une procédure d'outrage au tribunal ne permettrait pas d'étudier en détail et de régler toutes les questions liées à la primauté du droit soulevées au cours de l'instance.

[170] En l'espèce, le manquement à l'obligation de franchise est un symptôme de problèmes plus profonds et récurrents qui ont trait à la structure du Service, à sa gouvernance et, peut-être à sa culture organisationnelle. Au cours des audiences sur les questions d'intérêt commun, des questions ont été soulevées quant à l'organisation et à la prestation des services juridiques au SCRS et, de manière plus fondamentale, quant aux rôles et aux responsabilités des avocats du procureur général. Pourquoi est-ce qu'aucune mesure temporaire n'a été prise avant janvier 2019 pour régler le problème de l'illégalité? Ces questions ont une incidence sur l'espèce, mais leur portée la dépasse largement; les laisser sans réponse minerait la confiance qu'inspire le Service au public.

[171] The candour issue arises in the context of illegality. In this regard, Justice Binnie’s comments at paragraph 73 of *Campbell* are highly relevant:

... Police illegality of any description is a serious matter. Police illegality that is planned and approved within the RCMP hierarchy and implemented in defiance of legal advice would, if established, suggest a potential systemic problem concerning police accountability and control. The RCMP position, on the other hand, that the Department of Justice lent its support to an illegal venture may, depending on the circumstances, raise a different but still serious dimension to the abuse of process proceeding.

[172] Service illegality is as serious as police illegality. To not seek out and address the systemic problems that resulted in this breach of candour will negatively impact upon public confidence and trust in the Service.

[173] In addressing the impact of the *Associated Data* decision in the course of his evidence the Director of the Service identified the importance of public confidence and in turn the confidence of the Court in the Service:

I became Director in 2017 after the Service and the Court had to deal with the [*Associated Data*] decision of Justice Noël. For me it was extremely formative to see the impact that this decision, negative decision for the Service, if I can put it this way, had on the Service and on the confidence of Canadians. It gave me an opportunity to reflect on that. This is why it became one of the two tenets of my early days as Director of CSIS when I issued my message to employees that we needed to maintain and enhance the confidence of Canadians and the Court in our institution.

So, the relationship between the Court and the Service is absolutely fundamental in order for us, CSIS, to discharge our very important mandate on national security. [Emphasis added.]

[174] I share the Director’s view. The Service’s ability to successfully and effectively fulfill its vital role requires that it have the confidence of Canadians and this Court. As I have previously stated, that confidence has

[171] La question de l’obligation de franchise est soulevée dans le contexte de l’illégalité. Les remarques du juge Binnie, au paragraphe 73 de l’arrêt *Campbell*, sont très éclairantes à cet égard.

[...] Une illégalité de quelque sorte commise par la police est une affaire grave. Une illégalité policière planifiée et approuvée par la hiérarchie de la GRC et mise en œuvre en dépit d’un avis juridique contraire pourrait indiquer, si cela était établi, un problème systémique potentiel en matière de responsabilisation et de contrôle de la police. La position de la GRC, par ailleurs, selon laquelle le ministère de la Justice a apporté son appui à une entreprise illégale pourrait, selon les circonstances, faire jouer une dimension différente, et cependant grave elle aussi, en matière d’abus de procédure.

[172] Une illégalité attribuable au Service est tout aussi grave qu’une illégalité policière. Omettre de repérer et de régler les problèmes organisationnels qui ont donné lieu au manquement à l’obligation de franchise minerait la confiance qu’inspire le Service au public.

[173] Lorsqu’il a abordé l’incidence de la décision *Données connexes* dans son témoignage, le directeur du Service a reconnu l’importance, pour son organisation, de la confiance du public et de la Cour.

[TRADUCTION] Je suis entré en fonction à titre de directeur en 2017 après que le Service et la Cour ont dû composer avec la décision [*Données connexes*] du juge Noël. Il m’a été extrêmement formateur de constater l’incidence qu’a eue cette décision, que j’oserais qualifier de défavorable pour le Service, sur celui-ci et sur la confiance des Canadiens. Cela m’a donné la possibilité de réfléchir sur la question, dont j’ai fait l’un des deux principes de mes premiers jours comme directeur du SCRS. C’est ce que j’ai exprimé dans mon message aux employés : nous devons conserver et accroître la confiance qu’inspire notre institution aux Canadiens et à la Cour.

Ainsi, la relation entre la Cour et le Service est absolument fondamentale à l’exercice, par ce dernier, de son mandat en matière de sécurité nationale. [Non souligné dans l’original.]

[174] Je suis d’accord avec le directeur. Pour réussir à jouer son rôle essentiel efficacement, le Service a besoin que les Canadiens et la Cour lui fassent confiance. Comme je l’ai dit, cette confiance a de nouveau été

again been shaken. Illegality, or the likelihood thereof, was not proactively disclosed; in fact it was not even identified by the Service or the Department of Justice in the preparation of warrants. The illegality in these instances did not arise in context of exigent or unforeseen circumstances; it arose in the context of a difficult reality. In the face of that difficult reality, consciously or not, the institutional response was to act as though it did not exist. A contempt proceeding will not re-establish confidence. The circumstances and events that resulted in the Service engaging in illegal conduct contrary to legal advice warrants a comprehensive and detailed review, a review that is mandated to consider broad issues of institutional structure, governance and culture within both the Service and relevant elements of the Department of Justice. Anything less than this will, in my view, fall short of ensuring that confidence and trust in the Service as a key national institution is restored and enhanced.

[175] It is beyond my authority to order this type of comprehensive review. However, this authority does reside within the Executive. I strongly recommend and encourage that the knowledge and expertise available to the Executive within bodies such as the National Security and Intelligence Committee of Parliamentarians, the National Security and Intelligence Review Agency, the Intelligence Commissioner's office, and among outside experts be leveraged for this purpose. A comprehensive review must not only have a mandate to consider the issues identified in this judgment but must seek a full understanding of the underlying events in order to address the systemic, institutional and, if required, individual failures disclosed as a result.

[176] I will now turn to consider the legal questions that have arisen.

B. May the Court consider and rely on information that was likely collected in contravention of the law?

[177] The AGC acknowledges that the Service must comply with the law in collecting information in furtherance

ébranlée. L'illégalité, ou la possible illégalité, n'a pas été communiquée de façon proactive. En fait, elle a été passée sous silence par le Service ou le ministère de la Justice dans le processus de préparation des mandats. Dans ces cas, l'illégalité n'a pas découlé de situations d'urgences ou d'imprévus, mais bien d'une réalité difficile à laquelle l'organisation a eu comme réaction — consciemment ou non — de faire comme si de rien n'était. Une procédure d'outrage au tribunal ne permettra pas de rétablir la confiance. Les circonstances et les événements qui ont mené le Service à agir dans l'illégalité malgré des avis juridiques justifient un examen approfondi qui doit tenir compte des grandes questions touchant la structure organisationnelle, la gouvernance et la culture tant au Service qu'au sein des composantes concernées du ministère de la Justice. À mon avis, toute démarche de portée inférieure ne saurait assurer le rétablissement et l'accroissement de la confiance dont jouit le Service à titre d'institution nationale essentielle.

[175] Je n'ai pas le pouvoir d'ordonner un tel examen exhaustif : cela incombe aux organes exécutifs du gouvernement. Je ne saurais trop recommander que ceux-ci mettent à profit, dans cet objectif, les connaissances et l'expertise que peuvent mettre à leur disposition différents organismes comme le Comité des parlementaires sur la sécurité nationale et le renseignement, l'Office de surveillance des activités en matière de sécurité nationale et de renseignement, le Bureau du commissaire au renseignement, ainsi que des spécialistes externes. L'examen approfondi doit non seulement aborder les problèmes dont le présent jugement fait état, mais aussi chercher à faire toute la lumière sur les événements sous-jacents afin que puissent être corrigées les défaillances systémiques, organisationnelles et, si nécessaire, personnelles qui seront ainsi révélées.

[176] Je passe maintenant aux questions juridiques qui ont été soulevées.

B. La Cour peut-elle prendre en considération et s'appuyer sur des informations probablement recueillies illégalement?

[177] Le procureur général reconnaît que, pour recueillir des informations en vue d'exécuter son mandat en

of its national security mandate. Nonetheless, the AGC submits that the Court should not automatically exclude illegally obtained information from a warrant application. Instead, it argues that a flexible standard is required, one that involves judicial discretion following a consideration of various factors.

[178] The *amici* do not disagree. However, the *amici* additionally submit that the doctrine of excision found in the section 8 Charter jurisprudence is a source of guidance on this issue (*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); *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, [1993] 8 W.W.W. 257 (*Grant No. 1*); *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992 (*Araujo*), at paragraph 57; *R. v. Mahmood*, 2011 ONCA 693, 107 O.R. (3d) 641, at paragraph 116).

[179] The common law recognizes that a judge may exclude evidence where its admission would affect the fairness of the proceeding (*R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, (1995), 128 D.L.R. (4th) 98 (*Harrer*), at paragraph 41). In the criminal context, a judge may exclude evidence under subsection 24(1) of the Charter not obtained in breach of the Charter but that would nonetheless render a proceeding unfair. Exclusion under subsection 24(1) occurs because admission of the evidence would undermine the Charter's guarantee to a fair trial (*Harrer*, at paragraph 42). The exclusion of evidence under either the common law or subsection 24(1) involves a flexible, context-based analysis (*R. v. Jaser*, 2014 ONSC 6052, 120 W.C.B. (2d) 241 (*Jaser*), at paragraph 28; *The Queen v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, (1970), 11 D.L.R. (3d) 673, at pages 293–296).

[180] Evidence collected in violation of an individual's Charter rights is also not subject to automatic exclusion. Rather, under subsection 24(2) of the Charter, a judge shall exclude evidence collected in violation of an individual's Charter rights if, having regard to all the circumstances, its admission would bring the administration of justice into disrepute.

matière de sécurité nationale, le Service doit respecter la loi. Il soutient néanmoins que la Cour ne devrait pas exclure d'emblée, d'une demande de mandats, les informations recueillies illégalement, et qu'il faudrait, à ce propos, une norme souple prévoyant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire éclairé par la prise en considération de différents facteurs.

[178] Bien qu'ils ne soient pas en désaccord, les *amici* ajoutent que la doctrine relative à la suppression mentionnée dans la jurisprudence liée à l'article 8 de la Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (Charte) peut servir de guide en la matière (*R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223 (*Grant n° 1*); *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992 (*Araujo*), au paragraphe 57; *R. v. Mahmood*, 2011 ONCA 693, 107 O.R. (3d) 641, au paragraphe 116).

[179] Il est reconnu en common law qu'un juge peut écarter des éléments de preuve dont l'utilisation nuirait à l'équité de l'instance (*R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562 (*Harrer*), au paragraphe 41). Dans une instance criminelle, au titre du paragraphe 24(1) de la Charte, un juge peut écarter des éléments de preuve qui n'ont pas été obtenus en violation de la Charte, mais qui rendraient tout de même le procès inéquitable. En effet, l'utilisation de ces éléments minerait le droit à un procès équitable garanti par la Charte (*Harrer*, au paragraphe 42). L'exclusion d'éléments de preuve au titre de la common law ou du paragraphe 24(1) requiert une analyse souple, qui tient compte du contexte (*R. v. Jaser*, 2014 ONSC 6052, 120 W.B.C. (2d) 241 (*Jaser*), au paragraphe 28; *La Reine c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, aux pages 293 à 296).

[180] Par ailleurs, les éléments de preuve recueillis en violation de droits garantis à une personne par la Charte ne sont pas écartés d'emblée. En vertu du paragraphe 24(2) de la Charte, le juge écartera plutôt de tels éléments de preuve s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[181] The section 8 jurisprudence that the *amici* argues should guide the Court here departs from the flexible, context-based approach to the exclusion of evidence under the common law and subsection 24(1). Under section 8, if misleading, erroneous or unconstitutionally obtained information was relied on in obtaining a warrant, that information is automatically excised. Once the information has been excised, the Court must then consider whether it could have issued the warrant based on the remaining information. However, automatic excision for the purpose of determining warrant validity does not extend to automatic exclusion of information collected under a warrant determined to be invalid.

[182] If the Court concludes on the basis of the information that remains after excision that the warrant was invalid, the Court must then consider whether the admission of the illegally collected information would bring the administration of justice into disrepute in accordance with subsection 24(2). The ultimate evidentiary admission decision engages a contextual consideration of relevant factors in accordance with the subsection 24(2) jurisprudence.

[183] In *Grant No. 1*, Justice Sopinka notes that the excision doctrine prevents the state from benefiting from the illegal acts of police while allowing warrants that would have otherwise issued to stand [at pages 251–252]:

... in circumstances such as the case at bar where the information contains other facts in addition to those obtained in contravention of the *Charter*, it is necessary for reviewing courts to consider whether the warrant would have been issued had the improperly obtained facts been excised from the information sworn to obtain the warrant: *Garofoli, supra*. In this way, the state is prevented from benefiting from the illegal acts of police officers, without being forced to sacrifice search warrants which would have been issued in any event. Accordingly, the warrant and search conducted thereunder in the case at bar will be considered constitutionally sound if the warrant would have issued had the observations gleaned through the unconstitutional perimeter searches been excised from the information. It has been admitted that the police had reasonable grounds for the issuance of a warrant before undertaking either of the perimeter searches. This admission on the part of the respondent is eminently proper given the following independent reasonable grounds identified

[181] La jurisprudence relative à l'article 8 qui, selon les *amici*, devrait guider la Cour en l'espèce s'éloigne de l'approche souple, fondée sur le contexte, à l'exclusion d'éléments de preuve au titre de la common law et du paragraphe 24(1). Au titre de l'article 8, toute information trompeuse, erronée ou obtenue inconstitutionnellement qui a été utilisée en appui à une demande de mandats est automatiquement supprimée. La Cour doit ensuite déterminer si elle aurait pu décerner le mandat sur la foi des informations restantes. Toutefois, la suppression automatique visant à établir la validité des mandats n'englobe pas l'exclusion automatique d'informations recueillies en vertu d'un mandat jugé invalide.

[182] Si elle conclut à l'invalidité du mandat sur la foi des informations restantes après la suppression, la Cour doit alors déterminer si l'utilisation des informations recueillies illégalement est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, aux termes du paragraphe 24(2). En fin de compte, la décision d'utiliser les éléments de preuve exige la prise en considération des facteurs pertinents, conformément à la jurisprudence relative au paragraphe 24(2).

[183] Dans l'arrêt *Grant n° 1*, le juge Sopinka souligne que la doctrine relative à la suppression empêche le ministère public de tirer parti des actes illégaux de la police, mais préserve la validité de mandats qui auraient été décernés de toute façon [aux pages 251 et 252] :

[...] dans des circonstances comme dans l'espèce où la dénonciation faisait état d'autres faits que ceux obtenus en contravention de la *Charte*, le tribunal qui siège en révision doit examiner si le mandat aurait été décerné sans la mention, dans la dénonciation faite sous serment aux fins de l'obtention du mandat, des faits obtenus d'une façon abusive : *Garofoli*, précité. De cette façon, le ministère public ne peut profiter des actes illégaux des policiers, sans être forcé de renoncer à des mandats de perquisition qui auraient été décernés de toute façon. En conséquence, le mandat et la perquisition en l'espèce seront jugés valides en vertu de la Constitution si le mandat aurait été décerné sans la mention dans la dénonciation des constatations faites lors des perquisitions périphériques inconstitutionnelles. On a admis que la police avait des motifs raisonnables d'obtenir un mandat avant même d'entreprendre l'une ou l'autre des perquisitions périphériques. Cette admission de l'intimé est tout à fait pertinente compte tenu des motifs raisonnables mentionnés dans la

in the information sworn to obtain the warrant. [Emphasis added.]

[184] As noted by Justice Code in *Jaser* the excision doctrine has survived, but not without two major critiques. First, the rule creates an anomaly: when considering the validity of a warrant, a judge must automatically excise evidence arising from a Charter breach or that was otherwise unlawfully obtained, while, at trial, the judge will only exclude that same information following a careful balancing under subsection 24(2) (*Jaser*, at paragraph 26, citing *R. v. Chau*, [1997] O.J. No. 6322 (QL) (Gen. Div.), at paragraph 50, *affd* on other grounds (2000), 140 O.A.C. 56, 2000 CanLII 17015 (C.A.)). Second, the source of the excision doctrine is not clear: it does not appear to be a subsection 24(1) or 24(2) remedy as it is rigid, categorical, and lacks proportionality; nor does it appear to be a common law remedy as it is not based on any traditional exclusionary principle such as trial fairness, reliability, abuse of process, or the balancing of probative value and prejudicial effect (*Jaser*, at paragraph 28).

[185] The purpose of the excision doctrine—to prevent the state from benefiting from illegal acts of persons acting on its behalf—is relevant in the security intelligence context. However, an automatic exclusion rule in a CSIS Act warrant application would attract the same criticisms identified by Justice Code in *Jaser*.

[186] If I were to adopt an automatic excision standard in this instance, illegally collected evidence placed before this Court in the national security context would have to be excised, when that same evidence might well be found admissible in a criminal proceeding under subsection 24(2). An automatic excision rule could lead a designated judge to not issue a warrant due to a minor illegality even where the threat under investigation is significant. Such a stringent test would ignore the role of a designated judge in balancing the societal interest in maintaining national security against individual rights

dénonciation faite sous serment à l'appui de la demande de mandats. [Non souligné dans l'original.]

[184] Comme l'a souligné le juge Code dans *Jaser*, la doctrine relative à la suppression a survécu, non sans s'attirer deux critiques importantes. En premier lieu, elle crée une anomalie : lorsqu'il détermine la validité d'un mandat, le juge doit d'emblée exclure les éléments de preuve découlant d'une violation de la Charte ou, par ailleurs, obtenus illégalement; par contre, au procès, le juge n'exclura les mêmes informations qu'à l'issue d'un exercice de pondération minutieux effectué au titre du paragraphe 24(2) (*Jaser*, au paragraphe 26, citant *R. v. Chau*, [1997] O.J. n° 6322 (QL) (Div. gén.), au paragraphe 50, *conf.* pour d'autres motifs par (2000), 140 O.A.C. 56, 2000 CanLII 17015 (C.A.)). En second lieu, cette doctrine n'a pas de source évidente. Elle ne semble pas être une mesure de rectification des paragraphes 24(1) ou 24(2), car elle est rigide, catégorique et manque de proportionnalité, ni une mesure de rectification de la common law, car elle n'est fondée sur aucun principe d'exclusion traditionnel comme l'équité du procès, la fiabilité, l'abus de procédure ou la mise en balance de la valeur probante et de l'effet préjudiciable (*Jaser*, au paragraphe 28).

[185] L'objet de la doctrine relative à la suppression — empêcher l'État de tirer parti d'actes illégaux commis par des personnes qui agissent en son nom — est pertinent dans le contexte du renseignement de sécurité. Toutefois, une décision visant l'exclusion automatique dans une demande de mandats faite en vertu de la Loi sur le SCRS s'attirerait les mêmes critiques que mentionne le juge Code dans la décision *Jaser*.

[186] Si je devais adopter une règle de suppression automatique en l'espèce, les éléments de preuve recueillis illégalement et présentés à la Cour dans le contexte de la sécurité nationale devraient être supprimés, alors que ces mêmes éléments pourraient très bien être déclarés admissibles dans une instance criminelle, au titre du paragraphe 24(2). Une telle règle pourrait amener un juge désigné à ne pas décerner un mandat en raison d'une illégalité mineure, même si l'enquête vise une menace grave. Un test d'une telle sévérité passerait outre le rôle du juge désigné dans la mise en balance, d'une part, de



and interests and in turn might well undermine public confidence.

[187] Designated judges considering warrant applications under section 21 are “gatekeepers of intrusive powers, ensuring a balance between private interest and the state’s need to intrude on that privacy for the collective good” (*Associated Data*, at paragraph 100). This gatekeeper function must include the authority to weigh competing interests and factors when issues of evidence admissibility arise. This conclusion is consistent with the jurisprudence and is reflective of past practice in designated proceedings.

C. If the Court may consider and rely on information that was likely collected in contravention of the law, then what factors are to be considered and weighed?

[188] In the absence of jurisprudence addressing the treatment of illegally collected information in the CSIS Act warrant process, the AGC and the *amici* have, as noted above, relied on Charter and common-law jurisprudence. Although the contexts differ, there is overlap between the interests underpinning a subsection 24(2) analysis and the interests that arise where security officials, in furtherance of a national security investigation, rely on illegally collected information in seeking judicial authorization to intrude on individual rights, including privacy rights protected under section 8 of the Charter.

[189] In *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353 (*Grant No. 2*), the Supreme Court considered the test for the exclusion of evidence under subsection 24(2) of the Charter. The majority held that the administration of justice “embraces maintaining the rule of law and upholding *Charter* rights in the justice system as a whole” (paragraph 67). It also held that the phrase to “bring the administration of justice into disrepute” refers to the need to maintain the integrity of and public confidence in the justice system over the long term

l’intérêt pour la collectivité d’assurer la sécurité nationale et, d’autre part, des droits et des intérêts personnels; cela pourrait ébranler la confiance du public.

[187] Les juges désignés « agissent à titre de gardiens contre les pouvoirs intrusifs en assurant un équilibre entre les droits des particuliers et le besoin de l’État d’empiéter sur ces droits pour le bien de la collectivité » (*Données connexes*, au paragraphe 100). Pour ce faire, ils doivent avoir le pouvoir de mettre en balance les intérêts et les facteurs concurrents lorsqu’est soulevée la question de l’admissibilité de la preuve. Cette conclusion est conforme à la jurisprudence et reflète les pratiques établies dans les procédures désignées.

C. Si la Cour peut prendre en considération et s’appuyer sur des informations probablement recueillies illégalement, de quels facteurs doit-elle tenir compte, et lesquels doit-elle mettre en balance?

[188] Comme il a été signalé plus haut, puisqu’il n’y a pas de précédents relatifs au traitement des informations recueillies illégalement au cours du processus de demande de mandats prévu par la Loi sur le SCRS, le procureur général et les *amici* ont fondé leurs arguments sur la jurisprudence relative à la Charte et à la common law. Bien que le contexte diffère, il y a chevauchement des intérêts qui sous-tendent une analyse effectuée au titre du paragraphe 24(2) et des intérêts mis en cause lorsque les responsables de la sécurité, pour faire avancer une enquête de sécurité nationale, s’appuient sur des informations recueillies illégalement pour obtenir l’autorisation judiciaire d’empiéter sur des droits individuels, y compris le droit à la protection de la vie privée garanti par l’article 8 de la Charte.

[189] Dans l’arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353 (*Grant n° 2*), la Cour suprême s’est penchée sur le critère d’exclusion d’éléments de preuve en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte. Selon la majorité, l’administration de la justice « englobe de façon plus générale le maintien des droits garantis par la *Charte* et du principe de la primauté du droit dans l’ensemble du système de justice » (au paragraphe 67). Elle a aussi soutenu que l’expression « déconsidérer l’administration de la justice » renvoie au maintien à long terme de

(paragraph 68). This involves an objective inquiry that considers whether a reasonable person informed of the relevant circumstances and values would conclude that the admission of evidence would, on a prospective basis, bring long-term disrepute to the administration of justice (paragraph 68). Finally, the Supreme Court held that exclusion of evidence under subsection 24(2) is not driven by punitive or compensatory objectives. Instead, it is driven by a social focus on the broad impact of admitting evidence collected in breach of the Charter on the long-term repute to the justice system (paragraph 70).

[190] On the basis of these principles, the Supreme Court found that the issue of repute to the administration of justice engages three inquiries: (1) the seriousness of the infringing state conduct; (2) the impact of the breach on the accused; and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits. The Court's role is to assess and balance each line of inquiry in determining whether, in all the circumstances, admitting the evidence would bring the administration of justice into disrepute (paragraph 71).

[191] Where the question of evidence exclusion arises in circumstances where there is no alleged Charter breach, the jurisprudence recognizes that a judge may exclude evidence relying on either the common law or subsection 24(1). Trial fairness guides the exercise of judicial discretion in such instances. But like the lines of inquiry that are to be considered under subsection 24(2), the trial fairness inquiry involves a consideration of the question of fairness from the perspective of both the accused and the general public (*Harrer*, at paragraph 45). The common law exclusionary rules involve the consideration of questions relating to trial fairness, abuse of process, and the balancing of the probative value of the evidence against its prejudicial effect.

[192] As is the case in the criminal context, maintenance of the rule of law—including compliance with

l'intégrité du système de justice et de la confiance du public à son égard (au paragraphe 68). Cela suppose un examen de nature objective qui vise à déterminer si une personne raisonnable, au fait de l'ensemble des circonstances et des valeurs pertinentes, conclurait que l'utilisation d'éléments de preuves serait susceptible de déconsidérer, à long terme, l'administration de la justice (au paragraphe 68). Enfin, la Cour suprême a soutenu que l'exclusion d'éléments de preuve en vertu du paragraphe 24(2) ne vise ni à sanctionner ni à dédommager. Elle a plutôt un objectif social et se rapporte aux répercussions importantes de l'utilisation d'éléments de preuve recueillis en violation de la Charte sur la considération à long terme portée au système de justice (paragraphe 70).

[190] Se fondant sur ces principes, la Cour suprême a conclu que la question de la considération portée à l'administration de la justice requiert l'examen de trois éléments : 1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État, 2) l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé et 3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée sur le fond. Le rôle du tribunal consiste à évaluer et à mettre en balance chacune des questions pour déterminer si, eu égard aux circonstances, l'utilisation des éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice (au paragraphe 71).

[191] Lorsque la question de l'exclusion d'éléments de preuve est soulevée en l'absence de violation présumée de la Charte, la jurisprudence établit qu'un juge peut procéder à l'exclusion en se fondant soit sur la common law, soit sur le paragraphe 24(1). Dans un tel cas, l'équité du procès oriente l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Toutefois, à l'instar des facteurs à examiner pour ce qui est du paragraphe 24(2), s'agissant du procès, l'équité doit être prise en considération du point de vue tant de l'accusé que de la collectivité (*Harrer*, au paragraphe 45). Les règles d'exclusions en common law impliquent de tenir compte de questions relatives à l'équité du procès, à l'abus de procédure ainsi qu'à la mise en balance de la valeur probante et de l'effet préjudiciable des éléments de preuve.

[192] Le maintien de la primauté du droit, dont le respect des droits et des valeurs garantis par la Charte, est

Charter rights and values—are important considerations in the national security law context. This is reflected by Part II [sections 21–28] of the CSIS Act, entitled Judicial Control, and in much of the designated proceedings jurisprudence (*Associated Data*, at paragraph 130; *X (Re)*, 2018 FC 874, at paragraph 43 and *X (Re)*, 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567, at paragraphs 22, 24 and 66).

[193] In *Grant No. 2*, the Supreme Court instructs that in considering the seriousness of the conduct in issue and whether consideration or admission of the evidence might be perceived as judicial condonation of the impugned conduct, a court must consider whether the illegal conduct was minor, inadvertent, undertaken in good faith, or in extenuating circumstances. These factors may lessen the need for a court to disassociate itself from the conduct. On the other hand, a court may have to disassociate itself from illegal conduct that is deliberate, negligent, or wilfully blind of the law. Evidence suggesting a pattern of abuse will tend to support exclusion (paragraphs 74–75). Each of these factors is readily applicable where illegality is in issue in the CSIS Act warrant application process.

[194] Similarly, the second line of inquiry requires a consideration of the impact of the breach and whether admission or consideration of the evidence might signal that individual rights are of little consequence. This requires a consideration of the extent to which the conduct undermined protected interests.

[195] Relying on the considerations relevant to the exclusion decision in the contexts outlined above, and having considered submissions of the AGC and the *amici*, I am of the view that this Court should consider three factors when determining whether information connected to illegal conduct should be admitted in support of a warrant application: (1) seriousness of the illegal activity; (2) fairness; and (3) societal interest. Each factor requires a court to consider a series of different questions:

un élément important dans le contexte du droit applicable à la sécurité nationale. Cela se reflète dans la partie II [articles 21 à 28] de la Loi sur le SCRS, intitulée « Contrôle judiciaire », ainsi que dans l'essentiel de la jurisprudence relative aux instances désignées (*Données connexes*, au paragraphe 130; *X (Re)*, 2018 CF 874, au paragraphe 43; *X (Re)*, 2018 CF 738, [2019] 1 R.C.F. 567, aux paragraphes 22, 24 et 66).

[193] Dans l'arrêt *Grant n° 2*, la Cour suprême a précisé que le tribunal, lorsqu'il étudie la gravité du comportement en cause ainsi que la possibilité que la prise en considération ou l'utilisation des éléments de preuve donne l'impression que le système de justice tolère le comportement contesté, doit déterminer s'il s'agissait d'une violation mineure ou si l'acte avait été commis par inadvertance, de bonne foi ou dans des circonstances atténuantes. Ces facteurs peuvent réduire la nécessité, pour le tribunal, de se dissocier du comportement. En revanche, le tribunal aura avantage à se distancer d'actes illégaux commis délibérément ou bien par négligence ou aveuglement volontaire quant à la loi. La preuve que des actes s'inscrivent dans un contexte d'abus tend à fonder l'exclusion. Chacun de ces facteurs s'applique facilement lorsque l'illégalité est en jeu dans le processus de demandes de mandats prévu par la Loi sur le SCRS.

[194] Le tribunal doit en outre tenir compte de l'incidence du manquement ainsi que de la possibilité que l'utilisation ou la prise en considération des éléments de preuve puissent donner l'impression qu'il fait peu de cas des droits individuels. Il lui faut ainsi déterminer à quel point le comportement a porté préjudice aux intérêts protégés.

[195] Compte tenu des facteurs à considérer dans la décision relative à l'exclusion dans les contextes susmentionnés, et après avoir pris connaissance des observations du procureur général et des *amici*, je suis d'avis que la Cour devrait tenir compte de trois facteurs lorsqu'elle détermine s'il y a lieu d'utiliser des informations découlant d'actes illégaux en appui à une demande de mandats : 1) la gravité de l'acte illégal; 2) l'équité; 3) l'intérêt de la collectivité. Chacun des facteurs s'accompagne de questions auxquelles la Cour doit donner réponse.

A. *Seriousness of the illegal activity:*

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

B. *Fairness:*

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

C. *Societal interest:*

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

[196] As is the case under subsection 24(2), a court should consider these factors and the underlying questions in the context of the overall impact a decision to exclude the impugned information would have on the long-term repute of the administration of justice. There must be a particular focus on the expectation that national security investigations are to be undertaken within the bounds of the law. The inquiry is objective, asking what a reasonable and informed individual would conclude (*Grant No. 2*, at paragraph 68).

A. *Gravité de l'acte illégal*

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

B. *Équité*

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

C. *Intérêt de la collectivité*

- i. Existe-t-il des circonstances atténuantes liées à l'acte illégal, par exemple la gravité ou l'imminence d'une menace pour la sécurité du Canada?
- ii. Les circonstances uniques de l'affaire donnent-elles lieu à d'autres facteurs?

[196] Comme dans le cas du paragraphe 24(2), le tribunal devrait tenir compte de ces facteurs et des questions sous-jacentes dans l'optique de l'incidence générale qu'aurait à long terme la décision d'exclure les informations contestées sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Il y a lieu d'accorder une attention particulière à l'attente relative au respect de la loi dans l'exécution des enquêtes de sécurité nationale. Il s'agit d'un examen de nature objective, qui vise à déterminer les conclusions que tirerait une personne raisonnable et informée (*Grant n° 2*, au paragraphe 68).

[197] The factors must be considered collectively. The weight given to each factor will vary based on the circumstances.

D. If, after a warrant has issued, the Court becomes aware that information placed before it was likely collected in contravention of the law, may the Court invalidate the warrant or take other action?

(1) *A designated judge may review a prior decision to issue a warrant*

[198] Although not in issue in the matter before me, the consequences of the Court becoming aware of circumstances or conduct after warrant issuance that could have impacted on the exercise of judicial discretion does arise in the matters before Justice Kane and Justice Brown. In addition the Service has undertaken a review of its files to determine whether the issue of illegality taints other previously issued warrants. This review raises the possibility that other warrant applications considered by this Court have been, or will be, identified as being impacted by conduct that was likely illegal. The authority of the Court in these circumstances was also the subject of written and oral submission in the common issues hearings. In the interests of completeness, I will therefore address the question.

[199] Given the *ex parte* nature of the proceedings, the AGC concedes that it may be appropriate, where a warrant has issued in the absence of full disclosure of illegal activity, that the Court retains the jurisdiction to address this and consider the warrant's ongoing validity. The AGC acknowledges that a designated judge can rescind a warrant if it should not have been granted in the first place.

[200] The AGC relies on *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, 1990 CanLII 52 (*Garofoli*) in its submissions on the analysis a judge should conduct in determining whether to rescind a warrant. Under the *Garofoli* framework, where a judge conducts an *ex post facto* review, the judge must ask, after addressing the non-disclosure, if the original warrants could have issued based on the remaining record.

[197] Les facteurs doivent être pris en considération dans leur ensemble. L'importance accordée à chacun dépendra des circonstances.

D. Si la Cour se rend compte que des informations qui lui ont été présentées avaient probablement été recueillies illégalement, peut-elle invalider les mandats décernés sur la foi de ces informations ou prendre d'autres mesures?

1) *Un juge désigné peut revoir une décision de décerner un mandat*

[198] Ne sont pas en cause, en l'espèce, les conséquences du signalement, après la délivrance d'un mandat, de circonstances ou de comportements qui auraient pu avoir une incidence sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Cette question a toutefois été soulevée dans les dossiers dont les juges Kane et Brown sont saisis. En outre, le Service a entrepris un examen de ses dossiers afin de déterminer si le problème de l'illégalité entache d'autres mandats décernés. Partant, il se peut qu'il soit constaté que des comportements susceptibles d'être illégaux ont été mis en cause dans d'autres demandes de mandats présentées à la Cour. La question des pouvoirs dont dispose la Cour en de telles circonstances ont fait l'objet d'observations écrites et orales lors des audiences sur les questions d'intérêt commun. Je l'aborde par souci d'exhaustivité.

[199] Parce qu'il s'agit d'une instance *ex parte*, le procureur général reconnaît qu'il peut y avoir lieu, lorsqu'un mandat a été décerné sans communication exhaustive des activités illégales, que la Cour conserve le pouvoir de se pencher sur ce problème et de réévaluer la validité du mandat. Il reconnaît en outre qu'un juge désigné peut annuler un mandat qui n'aurait pas dû être décerné en premier lieu.

[200] Dans ses observations sur l'analyse qu'un juge devrait effectuer pour déterminer s'il y a lieu d'annuler un mandat, le procureur général renvoie à l'arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, 1990 CanLII 52 (*Garofoli*). Selon le cadre défini dans l'arrêt *Garofoli*, le juge qui procède à un examen a posteriori doit se demander, après s'être penché sur la non-communication, si les mandats originaux auraient pu avoir été décernés sur la foi des informations restantes.

[201] The *amici* also take the position that the Court retains jurisdiction over its warrants and that this allows the Court to act when it becomes aware of illegality relating to a warrant.

[202] I agree with the common position advanced in submissions. The Court has the inherent right to review an *ex parte* order where new facts come to light after its issuance that could have impacted on the exercise of judicial discretion. Preferably, the designated judge who issued the warrant will conduct the *ex post facto* review (*Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, at pages 607 and 625, (1983), 26 Man. R. (2d) 194).

[203] Justice Mosley exercised this authority in *X (Re) 2013*. He issued a warrant to the Service in January 2009 for a three-month period. He re-issued the warrant in April for a further nine months. He provided written reasons in support of the issuance. In November of 2013, Justice Mosley issued further reasons in response to recent developments relevant to his January 2009 and April 2009 warrant issuing decision [at paragraph 4]:

These further reasons for order respond to recent developments and are intended to clarify the scope and limits of the Reasons issued in 2009. This has become necessary, in my view, as a result of additional information that has been provided to the Court following publication of the *Annual Report 2012-2013* of the Commissioner of the Communications Security Establishment Canada (CSEC), the Honourable Robert Décary, Q.C.... These further reasons address issues that have arisen with respect to whether the duty of full disclosure owed by the Canadian Security Intelligence Service (CSIS or the Service) to the Court was respected and with regard to foreign collection practices undertaken by the Service and CSEC in connection with the issuance of the 30-08 warrants.

[204] In issuing further reasons, Justice Mosley does not directly address the question of his authority to review the previously issued warrant well after it had expired. However, it appears the AGC did not object to the Court's authority to do so. His further reasons were appealed. On appeal, it does not appear that the AGC contested the Court's authority to address the issue of non-disclosure after the warrants issued and expired (*X (Re) 2014*).

[201] Les *amici* sont aussi d'avis que la Cour conserve sa compétence sur les mandats qu'elle a décernés et qu'ainsi, elle peut agir lorsqu'elle apprend qu'un acte illégal relatif à un mandat a été commis.

[202] Je suis d'accord avec la position présentée d'un commun accord dans les observations. La Cour a le droit inhérent de revoir une ordonnance rendue *ex parte* lorsque, par la suite, sont portés à son attention des faits nouveaux qui auraient pu avoir une incidence sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. De préférence, le juge désigné qui a décerné le mandat réalisera aussi l'examen *a posteriori* (*Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, aux pages 607 et 625).

[203] Le juge Mosley a exercé ce pouvoir dans la décision *X (Re) 2013*. En janvier 2009, il a décerné au Service un mandat valide pour trois mois, qu'il a reconduit pour neuf mois en avril, décision qu'il a motivée par des observations écrites. En novembre 2013, le juge Mosley a rédigé d'autres motifs en raison de nouveaux développements ayant trait à sa décision de décerner le mandat en janvier et en avril 2009 [au paragraphe 4] :

Les présents motifs supplémentaires d'ordonnance répondent à de récents développements et visent à clarifier la portée et les limites des motifs délivrés en 2009. Selon moi, cela s'imposait en raison des renseignements additionnels qui ont été fournis à la Cour à la suite de la publication du *Rapport annuel 2012-2013* du Commissaire du Centre de la sécurité des télécommunications Canada (CSTC), par l'honorable Robert Décary, c.r. [...] Les présents motifs additionnels portent sur des questions qui ont été soulevées quant à savoir si l'obligation d'exposer complètement les faits à la Cour à laquelle est tenu le Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS ou le Service) a été respectée et sur des questions concernant les pratiques de collecte à l'étranger du Service et de la CSTC relativement à la délivrance de 30-08.

[204] Dans ces autres motifs, le juge Mosley n'aborde pas directement la question du pouvoir de revenir sur les mandats décernés bien après leur expiration. Il semble toutefois que le procureur général n'ait pas contesté que la Cour ait eu le pouvoir de ce faire. Les nouveaux motifs ont été portés en appel. Au cours de l'appel, il ne semble pas que le procureur général ait contesté le pouvoir de la Cour d'aborder la question de



[205] In *Canada (National Revenue) v. RBC Life Insurance Company*, 2013 FCA 50, [2013] 3 C.T.C. 126 (RBC), the Federal Court of Appeal considered the Federal Courts' authority when reviewing an *ex parte* application under the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1. The [Federal] Court of Appeal noted that judicial discretion is essential to the constitutional validity of an authority that allows for actions comparable to a seizure, even when those authorities arise in a non-criminal context (RBC, at paragraph 23). It then considered the Federal Courts' powers to address a failure to make full and frank disclosure in an *ex parte* proceeding [at paragraphs 31 and 33–36]:

The Minister's submission also raises issues of a more fundamental nature. A breach of the obligation to make full and frank disclosure of information relevant to the Court's exercise of discretion on an *ex parte* application, such as that contemplated under subsection 231.2(3), can hobble the Court's ability to act properly and judicially, and can result in the making of orders that should not have been made. It is an abuse of process.

...

The Federal Courts have a power, independent of statute, to redress abuses of process, such as the failure to make full and frank disclosure of relevant information on an *ex parte* application: *Indian Manufacturing Ltd. et al. v. Lo et al.* (1997), 75 C.P.R. (3d) 338 at page 342 (F.C.A.); *May & Baker (Canada) Ltd. v. Motor Tanker "Oak"*, [1979] 1 F.C. 401, at page 405 (C.A.).

These authorities speak of the Federal Courts' power as being "inherent." At one time, these authorities were perhaps open to the question on the basis that the Federal Courts, as statutory courts, do not have inherent powers. However, this is no longer the case.

The Supreme Court has confirmed the existence of "plenary powers" in the Federal Courts, analogous to the inherent powers of provincial superior courts: *Canada*

la non-communication après la délivrance et l'expiration des mandats (*X (Re) 2014*).

[205] Dans l'arrêt *Canada (Revenu national) c. Compagnie d'assurance vie RBC*, 2013 CAF 50 (RBC), la Cour d'appel fédérale s'est penchée sur le pouvoir dont dispose les Cours fédérales lorsqu'il s'agit d'examiner *ex parte* une demande présentée en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1. La Cour d'appel a souligné que l'existence d'une discrétion judiciaire est essentielle à la validité constitutionnelle d'un pouvoir qui permet de prendre des mesures assimilables à une saisie, même s'il est exercé dans un contexte non criminel (RBC, au paragraphe 23). Elle a ensuite étudié les pouvoirs dont disposent les Cours fédérales pour remédier au manquement aux obligations de franchise et de communication complète dans une instance *ex parte* [aux paragraphes 31 et 33 à 36] :

La thèse du ministre soulève également des questions plus fondamentales. Un manquement à l'obligation de communiquer tous les renseignements pertinents quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour au moment de la présentation d'une requête *ex parte*, telle que celle visée par le paragraphe 231.2(3), peut entraver la capacité de la Cour d'agir de manière appropriée et judiciaire et peut donner lieu au prononcé d'ordonnances qui n'auraient pas dû l'être. Il s'agit d'un abus de procédure.

[...]

Les Cours fédérales ont le pouvoir, indépendant de tout texte législatif, de remédier aux abus de procédure, tels l'omission de communiquer tous les renseignements pertinents au moment de la présentation d'une requête *ex parte* (*Indian Manufacturing Ltd. et al. c. Lo et al.* (1997), 75 C.P.R. (3d) 338, à la page 342 (C.A.F.); *May & Baker (Canada) Ltd. c. Motor Tanker "Oak"*, [1979] 1 C.F. 401, à la page 405 (C.A.)).

Selon cette jurisprudence, le pouvoir des Cours fédérales est un pouvoir « inhérent ». Il fut un temps où cette jurisprudence aurait pu être attaquée au motif que les Cours fédérales, en tant que cours d'origine législative, ne disposent pas de pouvoirs inhérents. Ce n'est cependant plus le cas.

La Cour suprême a confirmé que les Cours fédérales peuvent être considérées comme ayant « plénitude de compétence », de sorte que leurs pouvoirs s'apparentent

(*Human Rights Commission*) v. *Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626 at paragraphs 35 to 38 (a case arising in another context, but stating a principle of universal application). These plenary powers are especially live in situations where the Court is exercising its “superintending power over the Minister’s actions in administering and enforcing the Act”: *Derakhshani*, *supra* at paragraphs 10-11.

In my view, the Federal Courts’ power to investigate, detect and, if necessary, redress abuses of its own processes is a plenary power that exists outside of any statutory grant, an “immanent attribute” part of its “essential character” as a court, just like the provincial superior courts with inherent jurisdiction: see *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725 at paragraph 30. The Federal Courts’ power to control the integrity of its own processes is part of its core function, essential for the due administration of justice, the preservation of the rule of law and the maintenance of a proper balance of power among the legislative, executive and judicial branches of government. Without that power, any court—even a court under section 101 of the *Constitution Act, 1867*—is emasculated, and is not really a court at all. See *MacMillan Bloedel*, *supra* at paragraphs 30–38, citing with approval K. Mason, “The Inherent Jurisdiction of the Court” (1983), 57 *A.L.J.* 449 at page 449 and I.H. Jacobs, “The Inherent Jurisdiction of the Court” (1970), 23 *C.L.P.* 23; and see also *Crevier v. Quebec (A.G.)*, [1981] 2 S.C.R. 220. [Emphasis added.]

[206] This reasoning applies equally in the context of warrant applications under the CSIS Act. To conclude that the Court lacks authority to review previously issued warrants where issues of candour subsequently come to the Court’s attention would insulate the Service from the consequences of its actions. Similarly, the Court would be powerless when faced with information that calls into question whether a warrant would have issued had the Court been provided all relevant information. This would “hobble” a designated judge’s ability to act as a gatekeeper of the state’s intrusive powers (*RBC*, at paragraph 31; *Associated Data*, at paragraph 100). It would also undermine public confidence in the rule of law.

aux pouvoirs inhérents des cours supérieures provinciales (*Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, aux paragraphes 35 à 38), (qui énonce, bien que dans un contexte différent, un principe d’application universelle). Ces pouvoirs sont particulièrement pertinents dans les cas où la Cour est appelée à exercer « son pouvoir de surveillance sur les agissements du ministre dans le cadre de l’administration et la mise en œuvre de la Loi » (*Derakhshani*, précité, aux paragraphes 10 et 11).

À mon avis, le pouvoir des Cours fédérales de repérer et d’examiner les cas d’abus de leur propre procédure et, si nécessaire, d’y remédier, est un pouvoir absolu, indépendant des pouvoirs conférés par un texte législatif, un « attribut immanent » qui fait partie de son « caractère essentiel », comme c’est le cas pour les cours supérieures provinciales dotées d’une compétence inhérente (voir *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, au paragraphe 30). Le pouvoir des Cours fédérales de contrôler l’intégrité de leur propre procédure fait partie de leur fonction fondamentale, essentielle à la bonne administration de la justice, à la préservation de la primauté du droit et au maintien d’un juste équilibre entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Sans ce pouvoir, un tribunal, même un tribunal visé par l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, est affaibli et n’est pas véritablement un tribunal (voir *MacMillan Bloedel*, précité, aux paragraphes 30 à 38, citant avec approbation K. Mason, « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1983), 57 *A.L.J.* 449, à la page, et I.H. Jacobs, « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970), 23 *C.L.P.* 23; voir aussi *Crevier c. P.G. (Québec)*, [1981] 2 R.C.S. 220). [Non souligné dans l’original.]

[206] Ce raisonnement s’applique aussi dans le contexte des demandes de mandats faites en vertu de la Loi sur le SCRS. Conclure que la Cour n’a pas le pouvoir de revoir les mandats décernés lorsqu’elle apprend, par la suite, qu’il y a eu des problèmes de franchise reviendrait à soustraire le Service aux conséquences de ses actes. De même, la Cour serait impuissante devant des informations qui remettent en question la délivrance d’un mandat, si la Cour avait eu connaissance de toutes les informations pertinentes. Cela entraverait la capacité d’un juge désigné d’agir à titre de gardien contre les pouvoirs intrusifs de l’État (*RBC*, au paragraphe 31; *Données connexes*, au paragraphe 100) et effriterait la confiance du public en la primauté du droit.

(2) *The Garofoli framework, modified to reflect the context, guides the conduct of an ex post facto review*

[207] In considering the appropriate test to be applied when reviewing a previously issued CSIS Act warrant, it is helpful to consider the jurisprudence addressing the review of criminal search warrants.

[208] Before the police can undertake a search, the Charter generally requires that they establish on oath that reasonable and probable grounds exist to justify the search and that evidence will be found at the place of the search (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at page 168, (1984), 55 A.R. 291 (*Hunter*)).

[209] Where a criminal search warrant is challenged, the reviewing judge must, after having excised improperly obtained evidence from the information to obtain, assess whether the warrant could have issued without the excised information (*Garofoli*, at page 1452; *Araujo*, at paragraph 53). The question is not whether the reviewing judge “would” have issued the warrant, but whether sufficient credible and reliable information remains after excision to provide a basis on which the warrant “could have issued” (*R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253 (*Morelli*), at paragraph 40). If, after excising all impugned facts, sufficient information remains, the warrant will stand.

[210] In determining the question of sufficiency, a reviewing judge may consider additional “amplifying” information that was available at the time of application for the purposes of correcting minor good faith technical errors made in the preparation of the information (*Morelli*, at paragraphs 41–43).

[211] A reviewing judge should not set aside a warrant unless satisfied on the whole of the material presented that there was no basis for the authorization (*Garofoli*, at page 1454).

[212] In *Araujo*, the Supreme Court, citing the Nova Scotia Court of Appeal’s decision in *R. v. Morris* (1998),

2) *Le cadre défini dans l’arrêt Garofoli, modifié en fonction du contexte, guide l’examen a posteriori*

[207] Pour déterminer le critère à appliquer pour la révision d’un mandat décerné en vertu de la Loi sur le SCRS, il est utile de prendre connaissance des précédents relatifs aux mandats de perquisition décernés dans un contexte criminel.

[208] La Charte exige généralement que les forces de l’ordre, avant de pouvoir perquisitionner, établissent sous serment qu’il existe des motifs raisonnables et probables justifiant la perquisition et que des éléments de preuve se trouveront sur les lieux (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 (*Hunter*), à la page 168).

[209] En cas de contestation d’un mandat de perquisition dans un contexte criminel, après avoir supprimé, des informations à l’appui, celles qui avaient été obtenues illégalement, le juge chargé de la révision doit déterminer si le mandat aurait pu être décerné sur la foi des informations restantes (*Garofoli*, à la page 1452; *Araujo*, au paragraphe 53). Il ne s’agit pas de déterminer si le juge *aurait* décerné le mandat, mais d’évaluer s’il reste, après la suppression des faits contestés, suffisamment d’informations crédibles et fiables pour justifier que le mandat aurait pu être décerné (*R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253 (*Morelli*), au paragraphe 40). Dans l’affirmative, le mandat demeure fondé.

[210] Pour déterminer si les informations suffisent, le juge qui siège en révision peut avoir recours à l’« amplification », c’est-à-dire à d’autres informations disponibles au moment de la demande qui permettraient de corriger de petites erreurs techniques commises de bonne foi dans la préparation des informations (*Morelli*, aux paragraphes 41 à 43).

[211] Le juge qui siège en révision ne devrait pas annuler un mandat à moins d’être convaincu, compte tenu de l’ensemble des informations présentées, que sa délivrance n’était pas fondée (*Garofoli*, à la page 1454).

[212] Dans l’arrêt *Araujo*, la Cour suprême, citant la décision de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse dans

173 N.S.R. (2d) 1, 134 C.C.C. (3d) 539 (*Morris*), acknowledges that although deliberate or fraudulent misconduct will not automatically invalidate a warrant, the jurisprudence does not foreclose this result. A reviewing judge may set aside a warrant where the misconduct is so subversive of the process, that it is necessary to do so to protect the pre-authorization process (*Araujo*, at paragraph 54).

[213] In *R. v. Bacon*, 2010 BCCA 135, 285 B.C.A.C. 108 (*Bacon*), the British Columbia Court of Appeal affirmed that the role of the review judge was to “strip away objectionable features and examine the sufficiency of what remained” (paragraph 26). Evidence of fraud, material non-disclosure or misleading information is relevant to the sufficiency inquiry. The British Columbia Court of Appeal did not close the door to a residual discretion to strike down a warrant but held that any such discretion would only arise where an abuse of process had been established (paragraph 27).

[214] In the civil context, it has been held that even inadvertent non-disclosure can result in the prompt dissolution of an *ex parte* order (*MTS Allstream Inc. v Bell Mobility Inc.*, 2008 MBQB 103, 227 Man. R. (2d) 95, at paragraph 71). On initial consideration, the civil law approach may assist in informing the Court here. However, the issues of misconduct and non-disclosure that arise in *ex parte* orders in relation to disputes between private parties engage different considerations than those before me. I have concluded that the civil law jurisprudence is of little assistance here.

[215] The criminal warrant jurisprudence is more applicable to the present situation. Although a CSIS Act warrant serves a different purpose than a criminal warrant, I see no reason why the *Garofoli* framework should not apply to the *ex post facto* review of a CSIS Act warrant. Like a criminal warrant, a CSIS Act warrant authorizes government intrusion into an individual’s privacy. The pre-authorization process serves the same purpose in the national security and criminal contexts: the prevention of unjustified searches before they occur (*Hunter*, at

*R. v. Morris* (1998), 173 N.S.R. (2d) 1, 134 C.C.C. (3d) 359 (*Morris*), a reconnu que la jurisprudence n’écarterait pas la possibilité que l’erreur délibérée ou frauduleuse invalide le mandat, même si ce n’est pas automatiquement le cas. Le juge siégeant en révision peut annuler un mandat lorsque l’erreur constitue une infraction telle au processus de préautorisation que l’annulation est nécessaire pour le protéger (*Araujo*, au paragraphe 54).

[213] Dans l’arrêt *R. v. Bacon*, 2010 BCCA 135, 285 B.C.A.C. 108 (*Bacon*), la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a soutenu que le juge siégeant en révision a pour rôle [TRADUCTION] « de supprimer toute information contestable et de déterminer si ce qui reste est suffisant » (au paragraphe 26) et, pour cet examen, tient compte des informations frauduleuses ou trompeuses et des cas de non-communication importants. La Cour d’appel n’a pas écarté l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire résiduel permettant l’annulation du mandat, mais a soutenu qu’il ne serait possible de ce faire que si un abus de procédure était démontré (au paragraphe 27).

[214] Dans un contexte civil, il a été soutenu que même une non-communication survenue par mégarde pouvait entraîner l’annulation d’une ordonnance rendue *ex parte* (*MTS Allstream Inc. v Bell Mobility Inc.*, 2008 MBQB 103, 227 Man. R. (2d) 95, au paragraphe 71). À première vue, il semble que l’approche préconisée en droit civil puisse être utile à la Cour en l’espèce. Toutefois, les considérations relatives aux questions de comportement répréhensible et de non-communication ayant trait à des ordonnances rendues *ex parte* dans le cadre de litiges entre parties privées diffèrent de celles dont je suis saisi. Partant, je conclus que la jurisprudence civile n’a qu’une faible utilité en l’espèce.

[215] La jurisprudence criminelle ayant trait aux mandats s’applique davantage à l’espèce. Bien qu’un mandat relevant de la Loi sur le SCRS n’ait pas les mêmes fins qu’un mandat décerné dans un contexte criminel, je ne vois pas pourquoi le cadre défini dans *Garofoli* ne s’appliquerait pas à l’examen a posteriori d’un mandat relevant de la Loi sur le SCRS. À l’instar d’un mandat dans un contexte criminel, un mandat relatif à la sécurité nationale autorise le gouvernement à empiéter sur la vie privée d’une personne. Le processus préalable à

page 160). In both contexts, the state bears the onus of demonstrating that a warrant should issue and that it has met the preconditions for doing so.

[216] In this respect, I note that Justice Edmond Blanchard applied the *Garofoli* framework in reviewing a CSIS Act warrant in *Mahjoub (Re)*, 2013 FC 1096, 457 F.T.R. 1. Justice Blanchard was asked to quash warrants issued on the basis of omissions and errors in the information placed before the issuing judge. Relying on *Garofoli*, he concluded that the warrants could have issued (paragraph 133). The [Federal] Court of Appeal endorsed this conclusion in *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344 [at paragraph 267]:

In my view, the different nature of section 21 warrants does not justify a different legal standard. The fact that a section 21 warrant may be hard to challenge in some contexts does not logically lead to the conclusion that when it is challenged in court for omissions or inaccuracies—exactly like a criminal law search warrant—it should be subject to a different legal test. In terms of legal policy, it is hard to understand why a section 21 warrant that could have issued despite omissions or inaccuracies should be treated differently from a criminal law warrant. In fact, given the ever-increasing need to guard against terrorism and other threats to national security it is difficult to understand why admissibility standards in the national security context should be more stringent than those in the criminal law context. [Emphasis added.]

[217] In endorsing *Garofoli*'s “could have issued” standard, the Court of Appeal did not consider whether the impugned information should automatically be excised in an *ex post facto* challenge to the warrant.

l'autorisation a le même objectif dans les deux contextes : prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu'elle ne se produise (*Hunter*, à la page 160). Dans les deux contextes, il incombe au ministère public d'établir qu'un mandat est nécessaire et que les conditions préalables à sa délivrance ont été réunies.

[216] À ce propos, je souligne que le juge Edmond Blanchard a appliqué le cadre défini dans l'arrêt *Garofoli* lors de son examen de mandats décernés en vertu de la Loi sur le SCRS dans la décision *Mahjoub (Re)*, 2013 CF 1096. Il était saisi d'une requête en annulation desdits mandats fondée sur des omissions et des erreurs commises dans les informations communiquées au juge qui les avait décernés. S'appuyant sur l'arrêt *Garofoli*, le juge Blanchard a statué que les mandats auraient pu être décernés (au paragraphe 133). La Cour d'appel fédérale a entériné cette conclusion dans l'arrêt *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344 :

À mon avis, la nature différente des mandats délivrés en vertu de l'article 21 ne justifie pas une norme juridique différente. Le fait qu'un mandat délivré en vertu de l'article 21 peut être difficile à contester dans certains contextes ne mène pas logiquement à la conclusion que, lorsqu'il est contesté devant un tribunal pour omissions ou inexactitudes — exactement comme un mandat de perquisition en vertu du droit pénal —, il devrait être assujéti à un critère juridique différent. Pour ce qui est de la politique juridique, il est difficile de comprendre pourquoi un mandat délivré en vertu de l'article 21, qui pourrait avoir été décerné malgré des omissions ou des inexactitudes, devrait être traité différemment d'un mandat décerné en vertu du droit pénal. De fait, étant donné la nécessité sans cesse croissante de se protéger contre le terrorisme et d'autres menaces pour la sécurité nationale, il est difficile de comprendre pourquoi les critères d'admissibilité dans le contexte de la sécurité nationale devraient être plus rigoureux que ceux dans le contexte du droit pénal. [Non souligné dans l'original.]

[217] En souscrivant ainsi au critère selon lequel les mandats « auraient pu être décernés » établi dans l'arrêt *Garofoli*, la Cour d'appel fédérale ne s'est pas prononcée sur la possibilité que les informations contestées soient automatiquement supprimées lors de l'examen a posteriori d'un mandat.



[218] I have already concluded that excision of illegally collected information in the application process is to be determined on the basis of a contextual analysis that considers and balances the seriousness of the illegality, fairness, and societal interests. The reasons for that conclusion include the need to ensure there is an informed understanding on the part of the designated judge of the circumstances surrounding the illegal conduct, the reliability of the information in issue, and the nature or degree of the threat the state may be exposed to should the information be excluded from consideration. The fact that the same issue arises but in an *ex post facto* review does not change the rationale for engaging in a contextual balancing analysis to determine what information is to be excised in advance of engaging in the required sufficiency inquiry.

[219] The balancing analysis to be undertaken where an issue of illegality is brought before the Court in an *ex post facto* review engages the same factors identified at paragraph 195 above: (1) seriousness of the illegal activity; (2) fairness; and (3) societal interest. Each of these factors would in turn engage a consideration of the previously identified subsidiary questions.

[220] An approach that involves a balancing of factors for the purposes of determining the validity of a national security warrant in the context of a candour breach requires that I depart from *Garofoli* in this respect. The criticisms of the *Garofoli* approach—that it creates an anomaly and that it stands on shaky doctrinal ground—reinforces my decision to do so (*Jaser*, at paragraphs 25–29). In so departing, my conclusions are limited to the circumstances that have arisen in these matters: the determination of validity where a warrant for ongoing national security purposes is called into question for reasons relating to a breach of candour. I am not suggesting that the automatic excision standard would not or should not apply where a national security warrant is challenged in the context of an ongoing criminal proceeding.

[218] J'ai déjà statué que la décision de supprimer des informations recueillies illégalement au cours du processus de demande doit fait l'objet d'une analyse contextuelle qui met en balance la gravité de l'illégalité, l'équité et l'intérêt de la collectivité. J'en suis arrivé à cette conclusion notamment parce qu'il est nécessaire d'assurer que le juge désigné comprenne bien les circonstances du comportement illicite, la fiabilité des informations en question ainsi que la nature ou le niveau de la menace à laquelle l'État s'expose si les informations sont exclues de l'examen. Que la même situation se présente dans le cadre d'un examen a posteriori ne change en rien la justification qui sous-tend l'analyse contextuelle susmentionnée, qui doit être effectuée avant de déterminer si les informations restantes suffisent.

[219] L'exercice de mise en balance à effectuer lorsqu'un problème d'illégalité est porté à l'attention de la Cour dans le cadre d'un examen *a posteriori* met en cause les facteurs susmentionnés (voir le paragraphe 195) : 1) la gravité de l'acte illégal, 2) l'équité et 3) l'intérêt de la collectivité. Chacun de ces facteurs, comme il en est question plus haut, s'accompagne de questions qui doivent obtenir réponse.

[220] Certes, l'approche impliquant la mise en balance de facteurs qui vise à déterminer la validité d'un mandat en matière de sécurité nationale dans le contexte d'un manquement à l'obligation de franchise m'oblige à m'éloigner de l'arrêt *Garofoli* à cet égard. Toutefois, les critiques visant l'approche définie dans l'arrêt *Garofoli* — à savoir qu'elle crée une anomalie et que ses bases doctrinales sont fragiles — me confortent dans ma décision à cet égard (*Jaser*, aux paragraphes 25 à 29). En raison de cet éloignement, mes conclusions se limitent aux circonstances en l'espèce : déterminer la validité d'un mandat décerné pour des raisons de sécurité nationale remis en question pour des motifs liés à un manquement à l'obligation de franchise. Je ne dis pas pour autant que la suppression automatique ne pourrait pas ou ne devrait pas s'appliquer lorsqu'il y a remise en question d'un mandat décerné pour des raisons de sécurité nationale dans le contexte d'une instance criminelle en cours.



[221] Once an excision determination has been made, the designated judge should then apply the “could have issued” standard. In doing so, the judge will consider the information remaining on the record, including any “amplifying” evidence correcting any minor good faith technical errors made in the application, to determine whether the conditions prescribed at subsection 21(3) of the CSIS Act could have been met. If they have, the warrant will stand. If not, the warrant must be struck.

[222] *Garofoli*’s “could have issued” standard does not displace the Court’s power to redress abuses of its own processes that may arise in instances where non-disclosure involves a breach of candour or some other form of improper conduct on the part of the Service or the AGC (*RBC*, at paragraph 36). This possibility is recognized in the *Garofoli* jurisprudence (*Morris*, at page 553; *Araujo*, at paragraph 54; *Bacon*, at paragraph 27). In such a circumstance, the Court might consider a number of remedies, the most significant being the striking of the warrant. However, in my opinion, as in the criminal context, a designated judge should not strike an otherwise valid warrant unless the underlying conduct is particularly egregious.

[223] As a matter of practicality and in furtherance of the efficient use of judicial resources, when faced with the review of a previously issued warrant for reasons of candour, a designated judge may commence with a sufficiency assessment after automatically excluding the impugned information as an initial procedural step. This is essentially the approach adopted by Justice Noël in [\*\*\*Case A\*\*\*] However, if automatic excision leads to the conclusion that the warrant could not have issued then I am of the view that the designated judge would be required to engage in a full balancing analysis prior to reaching a final conclusion on the question of whether the warrant could have issued.

[221] Après s’être prononcé sur la suppression d’informations, le juge devrait appliquer le critère selon lequel les mandats « auraient pu être décernés ». Ce faisant, il prendra en considération les informations restantes au dossier, dont tout élément de preuve « amplificateur » qui vient corriger toute petite erreur technique commise de bonne foi dans la demande, et ce, afin de déterminer si les exigences prévues au paragraphe 21(3) de la Loi sur le SCRS auraient pu être respectées. Dans l’affirmative, le mandat reste valide. Si ce n’est pas le cas, il doit être annulé.

[222] Le critère selon lequel les mandats « auraient pu être décernés » établi dans l’arrêt *Garofoli* ne supprime pas le pouvoir dont dispose la Cour de corriger les abus de sa propre procédure qui peuvent être commis lorsqu’un cas de non-conformité implique un manquement à l’obligation de franchise ou une autre forme de conduite irrégulière de la part du Service ou du procureur général (*RBC*, au paragraphe 36). La jurisprudence relative à l’arrêt *Garofoli* reconnaît cette possibilité (*Morris*, à la page 553; *Araujo*, au paragraphe 54; *Bacon*, au paragraphe 27). Dans une telle circonstance, la Cour peut envisager différentes mesures correctives, la plus importante étant l’annulation du mandat. Cependant, à mon avis, comme dans un contexte criminel, le juge désigné ne devrait pas annuler un mandat valide, à moins qu’il soit question d’une inconduite particulièrement grave.

[223] Pour des raisons d’ordre pratique et par souci d’utiliser à bon escient les ressources judiciaires, le juge désigné qui doit revoir un mandat déjà décerné en raison d’un manquement à l’obligation de franchise peut évaluer directement si les informations restantes suffisent, après avoir exclu d’emblée les informations contestées. Il s’agit essentiellement de l’approche adoptée par le juge Noël dans le dossier [\*\*\*Dossier A\*\*\*] Toutefois, si la suppression automatique mène à la conclusion que le mandat n’aurait pas pu être décerné, j’estime que le juge désigné devrait être tenu d’effectuer un exercice de mise en balance exhaustif avant de trancher la question de façon définitive.

E. Should the Court invalidate an issued warrant, what authority does the Court have to make remedial orders regarding information collected under that warrant? How should the Court exercise that authority?

- (1) *The Court may make orders in respect of the use or retention of information collected under the authority of an invalidated warrant*

[224] The AGC takes the position that the Service may maintain information obtained pursuant to an invalidated warrant where the information satisfies the strictly necessary requirement for retention under section 12 of the CSIS Act (*Associated Data*, at paragraph 256). Further, the AGC submits that the Court's jurisdiction over information collected pursuant to a CSIS Act warrant is unclear and should be approached with caution. It states that the Federal Court—as a statutory court created under section 101 of the *Constitution Act, 1867*—can only act within its statutory confines (*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]; *Windsor (City) v. Canadian Transit Co*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617, at paragraph 33). It acknowledges that the Court has the implied powers necessary to carry out its statutory mandate (*Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, (1998), 157 D.L.R. (4th) 385, at paragraph 17) and plenary powers to address abuses to its process (*RBC*, at paragraphs 33 and 36). The AGC also acknowledges, and the jurisprudence confirms, that through its implied and plenary powers this Court has the authority to rescind or vary a warrant (*X (Re) 2014*; *RBC*, at paragraph 33; CSIS Act, paragraph 21(4)(f)). However, this authority, it submits, does not necessarily extend to the issuance of a remedial order impacting the retention or use of information collected pursuant to an invalidated warrant.

[225] The AGC notes the absence of any express provision authorizing the issuance of remedial orders within

E. Si elle invalide un mandat décerné, quels pouvoirs la Cour peut-elle invoquer pour rendre des ordonnances réparatrices quant aux informations recueillies en vertu de ce mandat? Comment la Cour devrait-elle exercer ces pouvoirs?

- 1) *La Cour peut rendre une ordonnance quant à l'utilisation ou à la conservation d'informations recueillies en vertu d'un mandat invalidé*

[224] Le procureur général est d'avis que le Service peut conserver des informations recueillies en vertu d'un mandat invalidé, lorsqu'elles respectent le critère de la stricte nécessité prévu à l'article 12 de la Loi sur le SCRS, qui s'applique à la conservation (*Données connexes*, au paragraphe 256). Il ajoute que la compétence de la Cour sur les informations recueillies au moyen d'un mandat décerné en vertu de la Loi sur le SCRS n'est pas claire et qu'elle devrait être abordée avec précaution. Le procureur général avance que la Cour fédérale, à titre de tribunal établi en vertu de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], possède uniquement la compétence qui lui est conférée par la loi (*Windsor (City) c. Canadian Transit Co*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617, au paragraphe 33). Il reconnaît que la Cour dispose du pouvoir implicite qui lui est nécessaire pour exécuter le mandat que lui confère la loi (*Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, au paragraphe 17) et du plein pouvoir de remédier aux abus de sa propre procédure (*RBC*, aux paragraphes 33 et 36). Il reconnaît en outre, et la jurisprudence le confirme, que la Cour, en vertu de son pouvoir implicite et de son plein pouvoir, a compétence pour annuler ou modifier un mandat (*X (Re) 2014*; *RBC*, au paragraphe 33; alinéa 21(4)(f) de la Loi sur le SCRS). Il soutient toutefois que ce pouvoir ne s'étend pas nécessairement à l'émission d'une ordonnance réparatrice ayant trait à la conservation ou à l'utilisation d'informations recueillies en vertu d'un mandat invalidé.

[225] Le procureur général souligne que l'article 21 ne comporte aucune disposition autorisant expressément

section 21. It contrasts this with the recently enacted dataset regime within the CSIS Act which limits dataset use by the Service in specific circumstances (subsection 11.15(5)) and expressly authorizes the Court to take appropriate measures in reviewing the lawfulness of dataset querying and exploitation pursuant to the process prescribed at section 27.1. I do not find this argument persuasive.

[226] The dataset regime is new to the CSIS Act. The CSIS Act defines a “dataset” as “a collection of information stored as an electronic record and characterized by a common subject matter” (CSIS Act, section 2). Section 11.01 defines three types of datasets: publicly available datasets, Canadian datasets, and foreign datasets. Sections 11.01 to 11.25 prescribe the collection, retention, use and destruction of datasets. This includes a requirement that datasets containing information predominately relating to individuals within Canada or Canadians be judicially authorized (CSIS Act, sections 11.13–11.15). The CSIS Act does not contemplate judicial remedial measures in the context of this judicial authorization process.

[227] The express legislative authority for the Court to take remedial measures that the AGC relies upon arises in a different context: that being a statutorily mandated judicial review to be undertaken where the National Security and Intelligence Review Agency has formed the opinion that the Service’s querying and exploitation of a dataset may not have been in compliance with the law (section 27.1).

[228] This is not analogous to the judicial authorization processes provided for at sections 11.13 and 21. Those processes require the weighing of competing societal and individual interests within a statutory framework. The outcome of that weighing process, while guided by the statutorily prescribed criteria, is within the full discretion of the designated judge. The exercise of that discretion depends upon, among other things, the Service fully complying with its duty of candour. This engages

l’émission d’ordonnances réparatrices. Il met en opposition cet état de fait avec le régime relatif aux ensembles de données récemment ajouté à la Loi sur le SCRS, qui limite l’utilisation que peut en faire le Service dans certaines circonstances (paragraphe 11.15(5)) et autorise expressément la Cour à prendre les mesures qui s’imposent dans le cadre d’un examen de la légalité de l’interrogation et de l’exploitation d’ensembles de données, selon le processus prévu à l’article 27.1. Cet argument ne me convainc pas.

[226] Le régime relatif aux ensembles de données est un ajout récent à la Loi sur le SCRS, aux termes de laquelle un « ensemble de données » est un « [e]nsemble d’information sauvegardées sous la forme d’un fichier numérique qui portent sur un sujet commun » (article 2). Selon l’article 11.01, il existe trois types d’ensembles de données : accessibles au public; canadiens; étrangers. Les articles 11.01 à 11.25 en prescrivent la collecte, la conservation, l’utilisation et la destruction, notamment l’exigence que les ensembles de données qui comportent principalement des informations liées à des Canadiens ou à d’autres individus se trouvant au Canada soient assujettis à une autorisation judiciaire (articles 11.13 à 11.15). La Loi sur le SCRS ne prévoit pas de mesures correctives judiciaires dans le contexte de ce processus d’autorisation.

[227] Le pouvoir légal de prendre des mesures correctives dont dispose la Cour, sur lequel se fonde le procureur général, est invoqué dans un contexte différent, c’est-à-dire l’examen judiciaire à effectuer lorsque l’Office de surveillance en matière de sécurité nationale et de renseignement est d’avis que le Service a mené des activités d’interrogation et d’exploitation qui pourraient ne pas être conformes à la loi (article 27.1).

[228] Ce processus n’est pas analogue aux processus d’autorisation judiciaire prévus aux articles 11.13 et 21. Ces derniers exigent la mise en balance d’intérêts individuels et d’intérêts de société concurrents au sein d’un cadre légal. Le juge désigné a l’entière discrétion quant au résultat de cet exercice de pondération, bien qu’il soit guidé par les critères légaux. L’exercice de ce pouvoir discrétionnaire dépend notamment du respect plein et entier, par le Service, de son obligation de franchise.

the Court's implied and plenary powers to address abuses directly relevant to the exercise of that discretion.

[229] The jurisprudence—albeit limited and arising in the pre-Charter criminal law context—supports the view that this Court's plenary authority includes the discretion to order remedial measures in respect of an invalidated warrant, including destruction of the information collected pursuant to that warrant (*Bergeron et al. v. Deschamps et al.*, [1978] 1 S.C.R. 243, at pages 244–245, (1977), 33 C.C.C. (2d) 461). Within the criminal law context, it has been found that to conclude otherwise would render the quashing of the warrant meaningless (*Re Chapman and the Queen* (1984), 46 O.R. (2d) 65, 9 D.L.R. (4th) 244, [1984] O.J. No. 3178 (QL) (C.A.)). In the Charter era, section 24 reflects the principle that a warrant-issuing court has the discretion, at least in the course of a proceeding, to impose a consequence where information has been obtained illegally or in violation of rights.

[230] The AGC also submits that any consideration of an order for destruction of collected information requires consideration of the Service's retention and disclosure obligations as set out in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (*Charkaoui*), where the Supreme Court of Canada held that the Service is bound to retain information it collects that is within the legislatively imposed limits of its activities. The AGC further submits that the consideration of remedial measures must be undertaken recognizing that in setting aside a warrant any collection undertaken pursuant to that warrant is presumptively unreasonable under section 8 of the Charter and that this itself is a meaningful remedy. In this instance the AGC also points to the concrete steps it has taken to address systemic and institutional failures in submitting that further remedial action is not required.

[231] I do not disagree. However, these arguments do not impact upon the scope of the Court's remedial authority in the face of an invalidated warrant. Instead, these matters are to be considered in the course of

Cela met en cause le pouvoir implicite et le plein pouvoir de la Cour de corriger les abus directement liés à l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

[229] Bien qu'elle soit limitée et qu'elle se présente dans le contexte du droit criminel antérieur à la Charte, la jurisprudence va dans le sens du point de vue selon lequel le plein pouvoir de la Cour englobe le pouvoir discrétionnaire d'ordonner des mesures correctives relativement à un mandat invalidé, y compris la destruction des informations recueillies en vertu de ce mandat (*Bergeron et al. c. Deschamps et al.* [1978] 1 R.C.S. 243, aux pages 244 et 245). En droit criminel, il a été tranché qu'une autre conclusion viderait l'annulation de son sens (*Re Chapman and the Queen* (1984), 46 O.R. (2d) 65 (C.A.)). Depuis, l'article 24 de la Charte fait état du principe voulant qu'un tribunal ayant la compétence de décerner des mandats détient le pouvoir discrétionnaire, au moins au cours d'une instance, d'imposer des conséquences à l'obtention d'informations illégalement ou en violation de droits.

[230] Le procureur général soutient en outre que toute intention d'ordonner la destruction d'informations recueillies exige la prise en considération de l'obligation de conservation et de communication du Service, tel qu'il a été établi dans l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 (*Charkaoui*), où la Cour suprême du Canada a statué que le Service a le devoir de conserver les informations qu'il recueille dans les limites prévues par la législation qui gouverne ses activités. Le procureur général ajoute que la prise d'éventuelles mesures correctives doit tenir compte du fait que l'annulation d'un mandat signifie que toute collecte effectuée en vertu de ce mandat est réputée abusive au sens de l'article 8 de la Charte, ce qui, en soi, est une mesure corrective importante. En l'espèce, le procureur général soutient qu'il n'y a pas lieu de prendre d'autres mesures correctives, soulignant aussi les mesures concrètes qui ont été prises pour corriger les défaillances systémiques et organisationnelles.

[231] Je ne suis pas en désaccord. Toutefois, ces arguments n'ont pas d'incidence sur la portée du pouvoir de réparation de la Cour eu égard à un mandat invalidé. Il y a plutôt lieu de tenir compte de ces questions au

considering whether and how a Court will invoke its discretionary authority to address an abuse of its process resulting in the invalidation of a warrant.

[232] The Court’s undisputed authority to rescind or vary a warrant issued on the basis of erroneous information or the failure to make full and frank disclosure includes the authority to take remedial action in respect of information collected under the warrant. To conclude otherwise may well undermine public confidence in the administration of justice.

[233] Remedial measures may include restrictions on the use, the isolation of, or possibly the destruction of the information collected pursuant to the invalidated warrant. What, if any, remedial measures are appropriate is to be determined by the designated judge with the benefit of case-specific submissions that address the circumstances resulting in warrant invalidation and other factors such as the Service’s retention and disclosure obligations as set out in *Charkaoui*. The AGC has taken the position that the three-part analytical framework set out in *Grant No. 2* would best inform this analysis.

[234] The *Grant No. 2* framework does engage the issues that would arise in this context. However, it is not necessary that I embark upon a consideration of all of the factors and circumstances to be considered. Suffice it to say that where a warrant is invalidated the Service cannot simply rely on its mandate to argue that information collected under the invalidated warrant will remain fully available to the Service. The AGC must be prepared to address the issue of remedial measures and demonstrate why such measures would not be appropriate.

(2) *Retaining jurisdiction over collected information by way of condition*

[235] The *amici* submit that in addition to the Court’s inherent jurisdiction to order remedial measures, the Court may also rely on its statutory authority to impose “such terms and conditions as the judge considers advisable in the public interest” at the time of issuance (CSIS

moment d’étudier si — et comment — un tribunal invoquera son pouvoir discrétionnaire pour s’attaquer à un abus de sa propre procédure ayant mené à l’annulation d’un mandat.

[232] Le pouvoir incontesté de la Cour d’annuler ou de modifier un mandat qu’elle a décerné sur la foi d’informations erronées ou en raison d’un manquement à l’obligation de communication complète et franche englobe celui de prendre des mesures correctives quant aux informations recueillies en vertu de ce mandat. Toute autre conclusion pourrait bien effriter la confiance du public en l’administration de la justice.

[233] À titre de mesures correctives, il peut être question de restreindre l’utilisation des informations recueillies en vertu du mandat invalidé, de les isoler, voire de les détruire. Il incombe au juge désigné de déterminer les éventuelles mesures à prendre, à la lumière des observations faites dans le dossier sur les circonstances de l’invalidation ainsi que d’autres facteurs, par exemple l’obligation de conservation et de communication du Service établie dans l’arrêt *Charkaoui*. Le procureur général est d’avis que le cadre en trois volets établi dans l’arrêt *Grant n° 2* serait le mieux adapté à cette analyse.

[234] Le cadre établi dans l’arrêt *Grant n° 2* touche effectivement les questions qui seraient soulevées dans ce contexte. Toutefois, il ne m’est pas nécessaire de prendre en considération l’ensemble des facteurs et des circonstances en cause. Il suffit de dire que le Service ne peut pas simplement invoquer sa mission pour soutenir qu’il conserve le plein accès aux informations recueillies en vertu d’un mandat invalidé. Le procureur général doit être prêt à aborder la question des mesures correctives et à démontrer que ces mesures ne seraient pas adéquates.

2) *Conservation de la compétence à l’égard des informations recueillies au moyen de conditions*

[235] Les *amici* soutiennent qu’outre sa compétence inhérente en ce qui a trait à la prise de mesures correctives, la Cour peut aussi invoquer le pouvoir que lui confère la Loi sur le SCRS pour imposer « les conditions que le juge estime indiquées dans l’intérêt public »



Act, paragraph 21(4)(f) to retain jurisdiction over information collected pursuant to a warrant. The *amici* have proposed both a warrant condition and a recital to be used in future warrants independently or together. If adopted, the *amici*'s proposed language would set out and confirm the Court's ongoing authority to issue orders relating to the use or retention of information collected pursuant to the warrant where candour issues subsequently arise.

[236] The AGC submits that paragraph 21(4)(f) does not allow the Court to impose terms in a warrant that would provide indefinite control over the information collected pursuant to that warrant. The AGC points to subsection 186(4) of the *Criminal Code* which provides the authority to impose conditions where wiretap activities are judicially authorized. The AGC notes that the term "public interest" in paragraph 186(4)(d) is understood as permitting judicially imposed conditions relating to the execution of the warrant, not the use or retention of information collected pursuant to the warrant (*Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633, at page 672, (1984), 14 D.L.R. (4th) 482). The AGC argues that paragraph 21(4)(f) of the CSIS Act must be interpreted in the same manner.

[237] The *amici* note in response that subsection 21(4) of the CSIS Act is not limited to collection activities but also addresses the retention of incidentally collected information (paragraph 21(4)(d.1)). The *amici* also submit that CSIS Act warrants currently impose limitations on the retention of certain information.

[238] Having concluded that the Court may exercise its inherent authority to address the use or retention of information where it has invalidated a warrant, I need not decide whether paragraph 21(4)(f) provides an independent source of authority in this regard.

[239] In responding to the *amici*'s submissions relating to the inclusion of a recital or condition reflecting the Court's inherent authority in this respect, the AGC is of the view that it would be redundant and not necessary.

(alinéa 21(4)f) au moment de la délivrance afin de conserver sa compétence eu égard aux informations recueillies en vertu du mandat. Les *amici* ont proposé une condition et un élément d'énoncé à ajouter, ensemble ou indépendamment, aux futurs mandats. S'ils sont adoptés, les passages proposés par les *amici* établiraient et confirmeraient le pouvoir permanent de la Cour de rendre des ordonnances relatives à l'utilisation ou à la conservation d'informations recueillies en vertu du mandat en cas de problèmes éventuels quant à l'obligation de franchise.

[236] Le procureur général soutient que l'alinéa 24(1)f ne permet pas à la Cour d'ajouter à un mandat des dispositions qui lui donneraient un contrôle indéfini sur les informations recueillies en vertu du mandat. Il renvoie au paragraphe 186(4) du *Code criminel*, qui donne le pouvoir d'imposer des conditions lorsque des activités d'écoute électronique ont été autorisées par un juge. Le procureur général souligne que, selon l'arrêt *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633, à la page 672, le terme « intérêt public » qui figure à l'alinéa 186(4)d se rapporte à l'imposition, par un tribunal, de conditions relatives à l'exécution du mandat, pas à l'utilisation ni à la conservation des informations qu'il permet de recueillir. Selon le procureur général, l'alinéa 21(4)f de la Loi sur le SCRS doit être interprété de même.

[237] En réponse, les *amici* soulignent que l'alinéa 21(4) de la Loi sur le SCRS touche non seulement aux activités de collecte, mais aussi, à l'alinéa d.1), à la conservation d'informations recueillies de manière incidente. Ils soutiennent en outre que les mandats décernés en vertu de la Loi sur le SCRS limitent déjà la conservation de certaines informations.

[238] Ayant déjà conclu que la Cour peut exercer son pouvoir inhérent en ce qui concerne l'utilisation ou la conservation d'informations lorsqu'elle a invalidé un mandat, je n'ai pas à me prononcer sur la possibilité que l'alinéa 21(4)f constitue un autre fondement juridique à cet égard.

[239] Le procureur général juge redondant et inutile l'ajout d'un élément d'énoncé ou d'une condition faisant état du pouvoir inhérent de la Cour en la matière, comme l'ont proposé les *amici*. Ces derniers soutiennent plutôt



The *amici* argue that inclusion would have the salutary effect of highlighting the Court's inherent authority.

[240] I am persuaded that the salutary effect of a recital reflecting the Court's inherent authority to make further orders relating to information collected pursuant to the warrant would be of benefit. The *amici* have proposed the following language:

I have put the Service and the Attorney General on notice that, if it is determined by the Court that the application for this warrant was supported by information that ought not to have been relied on by the Court, or was brought without compliance with the Service's and the Attorney General's duties of candour to the Court, this Court may make orders limiting or prohibiting the use or retention of information collected pursuant to this warrant.

[241] The Court routinely works with templated language when considering warrant applications. However, the language used and conditions imposed in any particular warrant are within the discretion of the issuing judge. The *amici*'s proposed recital has not been exposed to the broader Court through an *en banc* process as was the case in *Associated Data*, at paragraphs 201–252). I am therefore not prepared to order a template change. However, and pending a process that will allow a broader consideration of the need for and the language of a recital and/or condition, the Service shall ensure designated judges are:

- A. notified that the Court's inherent authority will allow it to address non-compliance with the duty of candour subsequently brought to the Court's attention and that this includes the authority to make orders in respect of the use or retention of information collected under a subsequently invalidated warrant; and
- B. presented with a proposed recital that reflects the wording set out at paragraph 240 above.

que cet ajout aurait comme effet bénéfique de mettre en relief le pouvoir inhérent de la Cour.

[240] Je suis convaincu que l'ajout d'un élément d'énoncé reflétant le pouvoir inhérent de la Cour de rendre d'autres ordonnances relatives aux informations recueillies en vertu du mandat serait effectivement avantageux. Les *amici* ont proposé le libellé suivant :

[TRADUCTION] J'ai avisé le Service et le procureur général que la Cour peut, par ordonnance, limiter ou interdire l'utilisation ou la conservation des informations recueillies en vertu du présent mandat si elle détermine que la demande ayant mené à sa délivrance a été fondée sur des informations sur lesquelles la Cour n'aurait pas dû se fier, ou a été présentée sans que le Service ou le procureur général respecte son obligation de franchise envers elle.

[241] Dans les demandes étudiées par la Cour, les mandats se présentent habituellement sous forme de modèles types. Toutefois, le juge chargé de décerner les mandats a toute latitude quant au libellé d'un mandat et aux conditions qui y sont imposées. L'élément d'énoncé proposé par les *amici* n'a pas été soumis à une formation plénière de la Cour, comme cela s'était fait dans *Données connexes* (aux paragraphes 201 à 252). Je ne suis donc pas disposé à ordonner la modification des modèles de mandats. Toutefois, dans l'attente d'un processus qui permettra à un plus grand nombre de se pencher sur l'utilité d'un nouvel élément d'énoncé ou d'une nouvelle condition et de leur libellé, le Service s'assurera que les juges désignés :

- A. savent que le pouvoir inhérent de la Cour lui permettra de traiter les cas de manquement à l'obligation de franchise ensuite portés à son attention. Elle pourra ainsi rendre des ordonnances relatives à l'utilisation ou à la conservation d'informations recueillies en vertu d'un mandat invalidé par la suite;
- B. reçoivent l'élément d'énoncé proposé qui reflète le libellé établi au paragraphe 240.

F. Where information is excised from the application, may the Court continue to rely on the pre-application consultation and approval requirements at subsections 7(2) and 21(1) of the CSIS Act?

[242] A final issue arose in the course of these proceedings relating to the adequacy of pre-application consultation and approval where information is then excised from an application.

[243] Prior to applying for or seeking renewal of a warrant, the Director of the Service or a designated employee must consult with the Deputy Minister (subsection 7(2)) and the Minister must approve of the warrant (subsection 21(1)). If consultation and approval has not taken place, the Court cannot grant a CSIS Act warrant.

[244] The AGC and the *amici* have addressed whether the Court may continue to rely on a consultation and approval after material information has been severed by the Court, or where circumstances that may have been material to the consultation and approval, such as illegality, subsequently come to the Court's attention.

[245] The AGC takes the position that subsequent findings by a warrant issuing judge do not nullify the consultation and approval. It submits that the requirement to consult with the Deputy Minister and obtain ministerial approval prior to seeking a judicial warrant reflects the distinct roles Parliament intended for the Executive and the Court. The Executive's role is to assess the gravity of the threat to national security for the purpose of determining if a warrant should be sought; the Court's role is to assess and weigh the evidence put forward in support of the warrant. The AGC submits that the CSIS Act provides the Minister with the tools necessary to ensure that judicial findings are brought to the Minister's attention and provides the Minister with the authority to act in appropriate circumstances, including the authority to direct the Service to cease executing a warrant (section 6).

F. En cas de suppression d'informations de la demande, la Cour peut-elle encore se fonder sur la consultation et sur l'approbation préalables qu'exigent les paragraphes 7(2) et 21(1) de la Loi sur le SCRS?

[242] Une dernière question a été soulevée au cours de l'instance quant au caractère adéquat de la consultation et de l'approbation préalables d'une demande dans les cas où il y a, par la suite, suppression d'informations.

[243] Avant de présenter une demande de mandats en vertu de la Loi sur le SCRS ou de demander le renouvellement d'un mandat, le directeur du Service ou un employé désigné doit consulter le sous-ministre (paragraphe 7(2)) et obtenir l'approbation du ministre (paragraphe 21(1)). En l'absence de consultation et d'approbation, la Cour ne peut pas décerner un tel mandat.

[244] Le procureur général et les *amici* se sont demandé si la Cour peut toujours se fonder sur une consultation et une approbation après que des informations importantes ont été supprimées par la Cour, ou lorsque celle-ci prend connaissance après coup de circonstances qui auraient pu avoir une incidence importante sur la consultation et l'approbation, par exemple le problème de l'illégalité.

[245] Le procureur général est d'avis que les conclusions subséquentes du juge qui a décerné le mandat n'annulent ni la consultation ni l'approbation. Il soutient que l'exigence de consulter le sous-ministre et d'obtenir l'approbation du ministre avant de présenter une demande de mandats judiciaire illustre les rôles distincts de l'organe exécutif et de la Cour, comme c'était l'intention du législateur : l'organe exécutif évalue si la gravité de la menace pour la sécurité nationale justifie la demande de mandats; la Cour évalue et met en balance les éléments de preuve présentés en appui à la demande. Selon le procureur général, la Loi sur le SCRS donne au ministre les outils nécessaires pour s'assurer que les conclusions judiciaires soient portées à son attention, ainsi que le pouvoir d'agir quand les circonstances s'y prêtent; il peut ainsi ordonner au Service de mettre fin à l'exécution d'un mandat (article 6).

[246] The *amici* argue that one must presume the consultation with the Deputy Minister is intended to be meaningful and to include an assessment of the likelihood of the application succeeding. The *amici* submit that where the Court materially alters the record by severing evidence as the result of illegality that was not identified in the course of the consultation, the Court may conclude that the consultation no longer meets this requirement. Similarly, the *amici* submit that one cannot presume that material illegality would not have been relevant to a Minister in considering approval of the application.

[247] The purpose of the Director's obligation to consult the Deputy Minister prior to applying for a warrant is not addressed in the legislation. The McDonald Commission Report does address the role of the Deputy Minister in the warrant application process. The report states that the objective of including the Deputy Minister in the process is to ensure the Minister benefits from the advice of "the most senior and experienced officials of [the] Department" when deciding whether a warrant should be sought (McDonald Commission Report, Vol. 1, Part V, page 553, paragraph 95). I therefore agree with the *amici*: the Deputy Minister consultation fulfills a meaningful function. Fulfillment of that function will only occur where the Deputy Minister is made aware of all material facts.

[248] The purpose of ministerial approval is addressed in the legislative record. Solicitor General Robert Kaplan, appearing before the House of Commons Justice and Legal Affairs Standing Committee, described it as a consideration of "whether the national security is affected or not". Solicitor General Kaplan went on to say that in considering whether to approve of a warrant application, "the Minister assesses the gravity and approves of a warrant if he feels the game is worth the candle". To fulfill this purpose—to decide if "the game is worth the candle"—the Minister needs accurate disclosure of the relevant facts. This would presumably include being advised of questions involving the legality of the collection methods used to obtain the information being relied on to obtain the warrant.

[246] Les *amici* soutiennent qu'il y a lieu de présumer que la consultation avec le sous-ministre est censée être porteuse de sens et comporter une évaluation de la probabilité que la demande soit accordée. Ils ajoutent que la Cour pourrait conclure que ce n'est plus le cas après qu'elle a modifié le dossier de façon importante par la suppression d'éléments de preuve en raison d'un problème d'illégalité qui n'avait pas été signalé au moment de la consultation. De même, selon les *amici*, il ne saurait être question de présumer que le ministre, au moment de décider d'approuver la demande, n'aurait pas trouvé qu'un problème d'illégalité important n'aurait pas été un facteur pertinent.

[247] La Loi sur le SCRS ne traite pas de l'objet de l'obligation, pour le directeur, de consulter le sous-ministre avant de faire une demande de mandats. Le rapport de la Commission McDonald aborde effectivement le rôle du sous-ministre dans le processus de demande de mandats. Cette participation a pour objectif d'assurer que le ministre, lorsqu'il détermine s'il y a lieu de demander un mandat, « puisse compter sur l'avis des fonctionnaires les plus haut placés et les plus expérimentés [du] ministère » (rapport de la Commission McDonald, vol. 1, partie V, à la page 582, au paragraphe 95). Je suis donc d'accord avec les *amici* : consulter le sous-ministre est une fonction porteuse de sens, qui n'est accomplie que si le sous-ministre est mis au courant de tous les faits importants.

[248] L'objet de l'approbation du ministre est abordé dans les débats législatifs. Comme l'a affirmé le solliciteur général Robert Kaplan, dans son témoignage devant au Comité permanent de la justice et des questions juridiques de la Chambre des communes, il s'agit de déterminer [TRADUCTION] « si la sécurité nationale est en jeu ». Il a ajouté que, pour décider s'il approuve une demande de mandats, « le ministre évalue la gravité de la menace et approuve la demande s'il estime que le jeu en vaut la chandelle ». Pour remplir son rôle, c'est-à-dire déterminer si « le jeu en vaut la chandelle », le ministre a besoin d'être mis au courant avec précision des faits utiles qui, il est possible de le présumer, comprennent les questions relatives à la légalité des méthodes utilisées pour recueillir les informations sur lesquelles repose la demande de mandats.

[249] The severance of information or the subsequent disclosure of illegality after completion of the consultation and approval process would be of interest to the Minister and Deputy Minister involved in that process. However, I am unable to conclude that these circumstances vitiate the prior consultation and approval process. The consultation and approval must be evidenced before the Court acts, but the Court is not informed of what was disclosed to the Deputy Minister or the Minister. What was disclosed may be the subject of privilege. It is not for the Court to guess or surmise the content of the consultation or the factors or circumstances considered by the Deputy Minister or the Minister.

[250] Although the pre-application consultation and approval process prescribed in the CSIS Act is not vitiated as a result of circumstances or facts discovered in the course of judicial consideration of a warrant application, a designated judge seized with a warrant application retains a broad discretion in respect of a decision to issue warrants. Where significant information is severed from a warrant, illegality is revealed, or other material circumstances are disclosed it is always open to the designated judge, in the exercise of this broad discretion, to decline to issue a warrant until the Deputy Minister and Minister are notified of those circumstances.

#### G. Application to [\*\*\*Case B\*\*\*]

##### (1) *Overview*

[251] As previously described, a decision in [\*\*\*Case B\*\*\*] was initially reserved pending consideration of the underlying legal issues. Due to the pending expiration of warrants issued in [\*\*\*Case A\*\*\*] and the broadening scope of the inquiries arising out of the *en banc* proceeding and the common issues hearings I received and heard updated evidence in April 2019. The requested warrants were issued. What I referred to as a Supplemental Order formed an integral part of the issued warrants. That Order:

[249] La suppression d'informations et la révélation d'un problème d'illégalité après coup seraient des informations d'intérêt pour le ministre et le sous-ministre impliqués dans le processus de consultation et d'approbation. Toutefois, je ne saurais conclure que ces circonstances entachent le processus de consultation et d'approbation antérieur. Les éléments de preuve présentés à la Cour doivent faire état du processus, mais pas de ce qui a été communiqué au sous-ministre ni au ministre. Les informations communiquées peuvent être protégées par un privilège. Il ne revient pas à la Cour de se perdre en conjectures sur le contenu de la consultation ni sur les facteurs ou les circonstances pris en considération par le sous-ministre ou le ministre.

[250] Bien que le processus de consultation et d'approbation préalable à la demande de mandats que prévoit la Loi sur le SCRS ne soit pas entaché par les circonstances ou les faits mis au jour au cours de l'examen judiciaire de la demande, le juge désigné saisi de la demande dispose d'un large pouvoir discrétionnaire quant à la décision de décerner le mandat. En cas de suppression d'informations importantes, de révélation d'un problème d'illégalité ou de divulgation d'autres circonstances importantes, le juge a toujours la latitude, dans l'exercice de son large pouvoir discrétionnaire, de refuser la délivrance jusqu'à ce que le sous-ministre et le ministre aient été mis au courant des circonstances.

#### G. Application au dossier [\*\*\*Dossier B\*\*\*]

##### 1) *Aperçu*

[251] Comme il en a été question plus haut, la décision relative au dossier [\*\*\*Dossier B\*\*\*] a été prise en délibéré dans l'attente de l'examen des questions juridiques sous-jacentes. En raison de l'expiration à venir des mandats décernés dans le dossier [\*\*\*Dossier A\*\*\*] et de la portée croissante des questions découlant de la procédure en formation plénière et des audiences sur les questions d'intérêt commun, en avril 2019, j'ai reçu et entendu des éléments de preuve mis à jour. Les mandats demandés ont été décernés. Ce que j'ai appelé une « ordonnance supplémentaire » est devenu une partie intégrante des mandats décernés. Elle :

- |  |   |
|--|---|
| <p>A. details the procedural history as of April 4, 2019;</p> <p>B. describes the additional affidavit evidence filed in response to prior undertakings and updates the Court on the Service’s investigation into the threat related activities of the [***] subjects of the warrant application;</p> <p>C. notes that counsel for the AGC had provided the Court an unsigned copy of the September 6, 2018, affidavit where the information obtained through activities directly linked to the legal issues before the Court was identified, by highlighting, for the Court’s benefit;</p> <p>D. notes that the highlighted information in the unsigned copy of the September 6, 2018, affidavit provided to the Court was excluded from consideration in assessing the application; and</p> <p>E. notes that information provided by [***] human sources was considered, the Court being satisfied this information predated any alleged unlawful activity [***] or would otherwise have been available to the Service [***]</p> | <p>A. décrit en détail l’historique des procédures à compter du 4 avril 2019;</p> <p>B. décrit les éléments de preuves mentionnés dans l’affidavit supplémentaire déposé en réponse à des démarches antérieures et informe la Cour des derniers développements de l’enquête du Service sur les activités liées à la menace des [***] cibles des mandats demandés;</p> <p>C. souligne que l’avocat du procureur général avait remis à la Cour une copie non signée de l’affidavit du 6 septembre 2018, dans lequel les informations obtenues au moyen d’activités directement liées aux questions juridiques soumises à la Cour étaient surlignées à titre indicatif;</p> <p>D. souligne que les informations surlignées dans la copie non signée de l’affidavit du 6 septembre 2018 remis à la Cour ont été exclues de l’examen de la demande;</p> <p>E. souligne que les informations fournies par [***] sources humaines ont été prises en considération, la Cour étant convaincue [***] qu’elles dataient d’avant toute activité illégale présumée et, [***] que le Service en aurait pris connaissance d’une autre manière.</p> |
|--|---|

[252] Although not noted in the Supplemental Order, the information obtained through activities directly linked to the legal issues before the Court was also identified, by highlighting in the April 1, 2019, affidavit. This information was also excluded from consideration in assessing the application.

(2) *The Service [\*\*\*investigation\*\*\*]*

[253] The September 6, 2018, and April 1, 2019, affidavits set forth information to establish that the [\*\*\*] subjects of the Service investigation identified in [\*\*\*Case A\*\*\*] and [\*\*\*Case B\*\*\*]—[\*\*\*]—are Canadian citizens who had travelled [\*\*\*] remained [\*\*\*] at the time warrants were sought and have participated in fighting with various groups associated with extremist interpretations of Islam. Each is identified as

[252] Bien que cela ne soit pas signalé dans l’ordonnance supplémentaire, les informations obtenues dans le cadre d’activités directement liées aux questions juridiques dont est saisie la Cour ont aussi été surlignées dans l’affidavit du 1<sup>er</sup> avril 2019. Elles ont aussi été exclues de l’examen de la demande.

2) *Activités [\*\*\*d’enquête\*\*\*] du Service*

[253] Les affidavits présentés le 6 septembre 2018 et le 1<sup>er</sup> avril 2019 établissent que les [\*\*\*] cibles de l’enquête du Service mentionnées dans les dossiers [\*\*\*Dossier A\*\*\*] et [\*\*\*Dossier B\*\*\*] [\*\*\*] sont des citoyens canadiens qui se sont rendus [\*\*\*] se trouvaient [\*\*\*] au moment de la demande de mandats, et ils y ont combattu au sein de différents groupes liés à des interprétations extrémistes de l’islam. Selon le déposant

having links to other radicalized individuals who have in turn called for attacks against, or are linked to terrorist attack planning, against Western countries. The affiant expresses the belief that warrants are necessary to investigate the threat posed by these individuals in the event of their return to Canada.

[254] Prior to bringing the initial application in [\*\*\*Case A\*\*\*] the Service had undertaken non-warranted collection activities. These efforts involved the Service initiating and executing what is referred to in [\*\*\*Case B\*\*\*] as the Service [\*\*\*investigation\*\*\*]

[255] The [\*\*\*investigation\*\*\*] led to the collection of information that was relied upon in the [\*\*\*Case A\*\*\*]. In examining the affiant in that application, Justice Noël sought additional detail and clarification in a number of areas, including the Service's authority to undertake the [\*\*\*investigation\*\*\*] and the propriety of payments the affidavit disclosed had been made [\*\*\*]

[256] The [\*\*\*investigation\*\*\*] was detailed in the evidence filed in [\*\*\*Case B\*\*\*]. That evidence was to the effect that the investigation of Canadian foreign fighters [\*\*\*] is particularly challenging. In an effort to collect information on the threat related activities of individuals in hostile and difficult locations the Service [\*\*\*conducted an investigation, during which it paid an individual known to be facilitating or carrying out terrorism an amount totalling less than \$25,000 over a few years.\*\*\*] [\*\*\*]

[257] [\*\*\*]

[258] [\*\*\*]

[259] [\*\*\*]

### (3) *Other instances of illegality*

[260] In addition to the potential illegality arising from the payments [\*\*\*in the course of the investigation\*\*\*], six additional instances of potential illegality were reported to the Court as this matter proceeded.

chacun d'entre eux a des liens avec d'autres personnes radicalisées qui en ont appelé à la perpétration d'attentats terroristes contre des pays occidentaux ou qui sont impliquées dans la préparation de tels attentats. Le déposant croit que les mandats sont nécessaires pour faire enquête sur la menace que font planer ces personnes dans l'éventualité de leur retour au Canada.

[254] Avant de faire la demande initiale dans le dossier [\*\*\*Dossier A\*\*\*], le Service a mené des activités de collecte sans mandat, qui ont impliqué l'exécution de ce qui a été appelé, dans le dossier [\*\*\*Dossier B\*\*\*] [TRADUCTION] [\*\*\*l'enquête\*\*\*] du Service.

[255] [\*\*\*L'enquête\*\*\*] a permis la collecte d'informations utilisées en appui à la demande dans le dossier [\*\*\*Dossier A\*\*\*] Le juge Noël a demandé au déposant des détails additionnels et des précisions sur de nombreux points, dont l'autorité dont disposait le Service pour entreprendre [\*\*\*l'enquête\*\*\*] le caractère opportun de paiements qui, selon l'affidavit, avaient été faits à [\*\*\*]

[256] [\*\*\*L'enquête\*\*\*] a été décrite dans la preuve présentée dans le dossier [\*\*\*Dossier B\*\*\*] Selon le déposant, il est particulièrement difficile d'enquêter sur des combattants canadiens [\*\*\*] En vue de recueillir des informations sur les activités liées à la menace de personnes dans des milieux hostiles et difficiles, le Service [\*\*\*a mené une enquête. Au cours de cette enquête, le Service a versé des paiements pendant quelques années, totalisant moins de 25 000 \$, à un individu connu pour faciliter ou effectuer des actes de terrorisme.\*\*\*] [\*\*\*]

[257] [\*\*\*]

[258] [\*\*\*]

[259] [\*\*\*]

### 3) *Autres illégalités*

[260] Outre l'éventuel caractère illégal des paiements effectués [\*\*\*au cours de l'enquête\*\*\*] six autres cas possibles d'illégalité ont été signalés à la Cour au fil de l'instance. Il s'agissait du versement de paiements ou de



The identified illegality involved the Service or human sources acting on the Service's behalf making payments or providing goods to [\*\*\*]. In one of the six reported instances, a payment that was to be made [\*\*\*] was intentionally interrupted prior to receipt.

[261] Each of these instances is detailed in a chart prepared by counsel for the AGC in the common issues hearings. The entries from that chart that are relevant to this matter are reproduced at Annex C to this judgment and reasons.

(4) *Illegality and the exclusion of information*

[262] The circumstances in which a designated judge might receive and consider information that was likely unlawfully collected has been one of the focuses of the common issues hearings. My conclusions in respect of these issues have been detailed above. In short I have concluded that where a designated judge is satisfied that information relied upon in a warrant application has been likely unlawfully collected the designated judge might nonetheless consider that information but only after weighing identified factors and circumstances.

[263] At the time I considered and reached a final determination on this application the Service and the Department of Justice had acknowledged the breach of the duty of candour. The Service had also disclosed the circumstances in which payments, goods or services had been provided in contravention or potential contravention of the *Criminal Code*. The information collected through those sources and the [\*\*\*investigation\*\*\*] and relied upon in the application was identified. While I did not at this stage engage in a consideration of whether I was satisfied that the potentially illegal conduct was, on a balance of probabilities, unlawful, I nonetheless opted to exclude all of the impugned information from consideration.

[264] I have since concluded above that automatic excision of unlawfully collected information is an approach that lacks the nuance necessary to assess, consider and weigh the circumstances that might have resulted in unlawful collection in the national security context. A decision to exclude information that is necessary to support

fourniture de biens par le Service ou une source humaine agissant pour son compte [\*\*\*] Dans l'un des six cas signalés, un [\*\*\*] a été interrompu intentionnellement avant d'être reçu.

[261] Les avocats du procureur général ont préparé un tableau décrivant chacun des cas à l'occasion des audiences sur les questions d'intérêt commun. Les entrées pertinentes en l'espèce figurent à l'annexe C des présents jugements et motifs.

4) *Illégalité et exclusion d'informations*

[262] Les circonstances dans lesquelles un juge désigné pourrait recevoir et examiner des informations probablement recueillies illégalement ont été l'un des points focaux des audiences sur les questions d'intérêt commun. J'ai exposé plus haut mes conclusions à ce sujet. En bref, j'ai conclu qu'un juge désigné, lorsqu'il est convaincu que des informations en appui à une demande de mandats ont probablement été recueillies illégalement, peut néanmoins en tenir compte, mais seulement après avoir soupesé les facteurs et les circonstances susmentionnés.

[263] Le temps que j'examine la demande en l'espèce et que je me prononce, le Service et le ministère de la Justice avaient reconnu le manquement à l'obligation de franchise. Le Service a aussi révélé les circonstances du versement, de la fourniture ou de la prestation de paiements, de biens ou de services en infraction ou en possible infraction avec le *Code criminel*. Les informations recueillies auprès des sources et au moyen de [\*\*\*l'enquête\*\*\*] qui ont servi à établir la demande ont été reconnues comme telles. À cette étape, je n'avais pas entamé de réflexion sur la possibilité que le comportement peut-être illégal l'ait carrément été, selon la prépondérance des probabilités; néanmoins, j'ai décidé d'exclure de l'examen toutes les informations contestées.

[264] Depuis, j'ai conclu — voir plus haut — que l'approche consistant à supprimer automatiquement les informations recueillies illégalement ne permet pas d'évaluer, d'examiner ni de mettre en balance, en tenant compte des nuances nécessaires, les circonstances qui peuvent avoir mené à la collecte illégale dans le contexte

a warrant application should, in my view, involve a consideration and weighing of the factors and circumstances identified earlier in these reasons.

[265] However, prior to engaging in that weighing analysis it is not inappropriate for a designated judge to first ask whether the potentially tainted information is necessary to support the application. If, having excluded the tainted information, sufficient reliable information remains to justify the issuing of the warrants sought, then the judge may decide to proceed on the basis of the remaining information. The exclusion of the information in this initial assessment does not occur because the information is immaterial or irrelevant to determining whether the section 21 criteria have been satisfied (*R. v. G.B. (application by Bogiatzis, Christodoulou, Cusato and Churchill)* (2003), 108 C.R.R. (2d) 294, [2003] O.J. No. 3335 (QL) (Sup. Ct.), at paragraph 11). Instead, it is an assessment as to whether, within the context of all remaining information, the impugned information is necessary to allow the designated judge to reach a conclusion on the application. Where the impugned information is not necessary the judge need not engage in either a consideration of whether the conduct was illegal or undertake the weighing analysis.

[266] Having adopted an initial exclusion approach in this instance and having been satisfied on the basis of the remaining information that the warrants could issue I need not consider whether I am satisfied, on a balance of probabilities, that the Service activities in issue were unlawful, a matter that is in any event now conceded by counsel for the AGC in all but two of the circumstances identified at Annex C, where either funds or goods were provided. Nor need I engage in the balancing of interests and the weighing of factors described earlier in these reasons. These issues are essentially moot at this stage in the process.

[267] In issuing the warrants the Court was unaware of one instance of potential illegality, the transfer to [\*\*\*a target\*\*\*] from a human source of [\*\*\*a financial benefit valued at less than \$20\*\*\*]. This transfer was approved by the Service [\*\*\*] and brought to the Court's

de la sécurité nationale. À mon avis, toute décision d'exclure des informations nécessaires à la demande de mandats devrait requérir un examen et une mise en balance des facteurs et des circonstances dont il est question plus haut dans les présents motifs.

[265] Cependant, il n'est pas déplacé que le juge désigné, avant de procéder à cet exercice, demande si les informations peut-être affectées sont nécessaires pour appuyer la demande. S'il reste suffisamment d'informations fiables après l'exclusion pour justifier la délivrance des mandats demandés, le juge peut alors décider d'aller de l'avant sur la foi des informations restantes. Au cours de cet examen initial, les informations ne sont pas exclues parce qu'elles sont sans importance ou qu'elles ne sont pas pertinentes pour ce qui est de déterminer le respect des critères prévus à l'article 21 (*R. v. G.B. (application by Bogiatzis, Christodoulou, Cusato and Churchill)* (2003), 108 C.R.R. (2d) 294, [2003] O.J. n° 3335 (QL) (C. sup.), au paragraphe 11). Il s'agit plutôt d'évaluer si, compte tenu de l'ensemble des informations restantes, le juge désigné a besoin de celles qui sont contestées pour se prononcer sur la demande. Si ce n'est pas le cas, le juge n'a pas à déterminer si le comportement était illégal ni à procéder à l'exercice de mise en balance.

[266] En l'espèce, ayant décidé d'exclure d'emblée les informations et étant convaincu, sur la foi des informations restantes, que les mandats pouvaient être décernés, je n'ai pas à déterminer si je suis convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que les activités en cause du Service étaient illégales. De toute façon, cet état de fait a été reconnu par les avocats du procureur général dans tous les cas de fourniture de fonds ou de biens énumérés à l'annexe C, sauf deux. Je n'ai pas non plus à soupeser les intérêts et les facteurs mentionnés plus haut. À cette étape du processus, ces questions sont caduques.

[267] Lorsqu'elle a décerné les mandats, la Cour ignorait l'un des cas d'illégalité possible, à savoir le transfert à [\*\*\*une cible\*\*\*] par une source humaine, [\*\*\*d'un avantage financier évalué à moins de 20 \$\*\*\*] Le Service a approuvé le transfert [\*\*\*] Il l'a porté à

attention after being identified by the Service in the course of its file review of human sources relied upon in obtaining active warrants after receiving the January 2019 opinion.

[268] This incident of potential illegality involved a source who had also transferred funds to [\*\*\*]. That transfer had been disclosed prior to the issuance of warrants. Information originating with that source was not excluded from consideration as all information relied upon in the application predated the funds transfer. The source's information also predates the subsequently disclosed [\*\*\*] transfer. Neither incident of potential illegality impacted upon the information relied upon in the application. The late disclosed [\*\*\*] transfer would not have impacted upon the decision to issue the warrants.

[269] In concluding that the warrants could issue, I was mindful that the issuance of warrants is a matter that is decidedly within the discretion of the Court; the CSIS Act provides that where satisfied the "judge may issue a warrant" (subsection 21(3)). A breach of candour and illegality are circumstances that might well militate against issuing warrants even where the requirements for doing so are otherwise satisfied. However, in this instance I was satisfied that warrants not only could but should issue.

#### (5) *Remaining issues*

[270] The issues identified in [\*\*\*Case A\*\*\*] and addressed in [\*\*\*Case B\*\*\*] are broader than the question of actual or potential illegality arising from the [\*\*\*investigation\*\*\*] and other human source activities. I will address each of the remaining matters in turn.

- (a) The Service's authority to undertake the [\*\*\*investigation\*\*\*]

[271] AGC counsel submits that [\*\*\*investigation of the type in issue\*\*\*] are a technique long relied upon

l'attention de la Cour après l'avoir constaté lors de l'examen des dossiers des sources humaines dont les informations avaient servi à obtenir des mandats en vigueur, examen qu'il avait amorcé après avoir reçu l'avis de janvier 2019.

[268] La source impliquée dans ce cas d'illégalité possible avait aussi viré des fonds à [\*\*\*] opération qui avait été communiquée avant la délivrance des mandats. Les informations fournies par cette source n'ont pas été exclues de l'examen, car toutes les informations à l'appui de la demande dataient d'avant le virement. Les informations de la source datent aussi d'avant le transfert [\*\*\*] communiqué par la suite. Aucun des deux cas d'illégalité possible n'avait d'incidence sur les informations à l'appui de la demande. Le transfert [\*\*\*] révélé tardivement, n'aurait pas empêché le juge de décerner les mandats.

[269] En décidant que les mandats pouvaient être décernés, j'étais bien conscient que la délivrance de mandats est résolument un pouvoir discrétionnaire de la Cour. En effet, le paragraphe 21(3) de la Loi sur le SCRS prévoit que le juge, s'il est convaincu, « peut décerner le mandat ». Un manquement à l'obligation de franchise et un problème d'illégalité sont des circonstances qui peuvent très bien amener le juge à ne pas décerner les mandats, même si les conditions pour ce faire sont autrement réunies. Toutefois, en l'espèce, j'étais convaincu qu'il était non seulement possible, mais nécessaire, de décerner les mandats.

#### 5) *Autres questions*

[270] Les questions soulevées dans le dossier [\*\*\*Dossier A\*\*\*] et abordées dans le dossier [\*\*\*Dossier B\*\*\*] ne se limitent pas au problème d'illégalité réelle ou possible découlant de [\*\*\*l'enquête\*\*\*] et d'autres activités de sources humaines. J'aborde ici, tour à tour, les questions restantes.

- a) Autorisation du Service de mener [\*\*\*l'enquête\*\*\*]

[271] Selon l'avocat du procureur général, les [\*\*\*enquêtes du type en cause\*\*\*] sont une technique

to investigate crime. The technique is available to the Service where the operation is duly authorized, does not infringe a protected right and does not amount to an abuse of process. The *amici* agree with this view.

[272] Section 12 of the CSIS Act authorizes the Service to collect information and intelligence. Although the CSIS Act does not describe the operational techniques available to the Service in the fulfillment of its section 12 mandate, section 18 of the CSIS Act does reference “covert operational activities of the Service” — “*des activités opérationnelles cachées du Service*”.

[273] Service policies address the conduct of [\*\*\*] activity and prescribe the processes for authorizing [\*\*\*] activity. The evidence indicates that the [\*\*\*investigation\*\*\*] in issue was approved within the Service and that the [\*\*\*investigation\*\*\*] was undertaken to investigate a threat to the security of Canada arising from the activities of Canadian foreign fighters. I am satisfied that the [\*\*\*investigation\*\*\*] was lawful and authorized in accordance with Service procedures.

[274] Similarly there is no suggestion that protected rights were infringed in the process of collecting information during the course of the [\*\*\*investigation\*\*\*] or that the Service engaged in coercive or abusive activity. I am satisfied that the Service had the authority to undertake the [\*\*\*investigation\*\*\*] and that the manner in which the [\*\*\*investigation\*\*\*] was conducted did not infringe on individual rights.

(b) [\*\*\*Electronic communication\*\*\*]

[275] In conducting its investigation into the threat posed by [\*\*\*], the Service interviewed a [\*\*\*person\*\*\*] who had engaged in [\*\*\*] chats with him [\*\*\*]. [\*\*\*The person\*\*\*] allowed the Service to directly access his [\*\*\*] account, providing the Service written consent and his account credentials. The [\*\*\*] account was accessed and chats between [\*\*\*the person\*\*\*] and [\*\*\*] were reviewed.

[276] Despite [\*\*\*the person\*\*\*] having consented to the Service accessing the [\*\*\*] chats, the question of

utilisée depuis longtemps dans les enquêtes criminelles. Le Service peut en faire usage lorsque l’opération est dûment autorisée, qu’il n’y a pas atteinte à un droit protégé et qu’il n’y a pas d’abus de procédure. Les *amici* partagent cette opinion.

[272] En vertu de l’article 12 de la Loi sur le SCRS, le Service peut recueillir des informations et des renseignements. Cette loi ne décrit pas les techniques opérationnelles que le Service peut employer pour ce faire. Par contre, l’article 18 mentionne des « activités opérationnelles cachées du Service » — « *covert operational activities of the Service* ».

[273] Le Service s’est donné des politiques qui traitent de la réalisation d’activités [\*\*\*] et établissent les processus d’autorisation de telles activités. Selon la preuve, [\*\*\*l’enquête\*\*\*] en cause avait été approuvée au Service; [\*\*\*l’enquête\*\*\*] visait à enquêter sur une menace pour la sécurité du Canada découlant des activités de combattants canadiens à l’étranger. Je suis convaincu que [\*\*\*l’enquête\*\*\*] était légale et dûment autorisée conformément aux procédures du Service.

[274] De même, rien ne donne à penser que la collecte d’informations au cours de [\*\*\*l’enquête\*\*\*] a porté atteinte à des droits protégés ni que le Service a mené des activités coercitives ou abusives. Je suis convaincu que le Service avait l’autorité d’entreprendre [\*\*\*l’enquête\*\*\*] qui, dans son déroulement, n’a donné lieu à aucune atteinte à des droits individuels.

b) [\*\*\*Communication électronique\*\*\*]

[275] Au cours de son enquête sur la menace que faisait planer [\*\*\*] le Service a interrogé [\*\*\*une personne\*\*\*] qui avait clavardé avec lui [\*\*\*]. [\*\*\*La personne\*\*\*] a consenti par écrit à ce que le Service accède directement à son compte [\*\*\*] lui donnant pour ce faire ses justificatifs d’identité. Le Service a ainsi pu examiner la teneur des messages échangés entre [\*\*\*la personne\*\*\*] et [\*\*\*]

[276] Même si [\*\*\*la personne\*\*\*] a consenti à ce que le Service ait accès aux messages [\*\*\*], cette démarche

whether [\*\*\*] retains a reasonable expectation of privacy in that electronic communication arises.

[277] For an action to constitute a search or seizure that engages section 8, the impacted individual must have a reasonable expectation of privacy in the information that the State has accessed (*Hunter*, at pages 150–160; *Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250, at paragraph 55.) A reasonable expectation of privacy is to be determined on the totality of the circumstances (*R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, 26 O.R. (3d) 736, at paragraph 45). The analysis is guided by the subject matter in issue, the individual's direct interest and subjective expectation of privacy, and an assessment of the reasonableness of the individual's subjective expectation (*R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at paragraphs 31–32; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579 (*Patrick*), at paragraph 27; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at paragraphs 40 and 45).

[278] Electronic informational content, including stored electronic communications, may attract a reasonable expectation of privacy (*R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253 (*Morelli*) [cited above]; *R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3; *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608 (*Marakah*)). In *Marakah* the majority in the Supreme Court found that both parties to an electronic conversation may, depending on the totality of the circumstances, maintain an ongoing reasonable expectation of privacy in that conversation (*Marakah*, at paragraph 5). In determining whether a subjective expectation of privacy is objectively reasonable in the context of an electronic conversation the Supreme Court identified three factors for consideration: (1) the place where the search occurred; (2) the private nature of the subject matter; and (3) control over the subject matter (*Marakah*, at paragraph 24).

[279] The Supreme Court has also held, in the context of information on a shared computer, that the consent of one party cannot negate the reasonable expectation of

ne met pas moins en cause la possibilité qu'[\*\*\*] ait pu avoir une attente raisonnable en matière de vie privée relativement à ces communications électroniques.

[277] Pour qu'une action constitue une fouille, une perquisition ou une saisie visée par l'article 8, la personne visée doit avoir une attente raisonnable en matière de vie privée relativement aux informations auxquelles l'État a eu accès (*Hunter*, aux pages 150 à 160; *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250, au paragraphe 55). L'existence d'une telle attente doit être déterminée eu égard à l'ensemble des circonstances (*R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, au paragraphe 45). Cette analyse repose sur l'objet de la fouille, de la perquisition ou de la saisie, sur le droit direct de la personne à l'égard de l'objet, sur son attente subjective en matière de vie privée ainsi que sur l'évaluation du caractère raisonnable de ladite attente subjective (*R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, aux paragraphes 31 et 32; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579 (*Patrick*), au paragraphe 27; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, aux paragraphes 40 et 45).

[278] Les informations — notamment le contenu des communications — sur support électronique, peuvent susciter une attente raisonnable en matière de vie privée (*Morelli*; *R. c. Société TELUS Communications*, 2013 SCC 16, [2013] 2 R.C.S. 3; *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608 (*Marakah*)). Dans l'arrêt *Marakah*, la majorité de la Cour suprême a conclu que les deux parties à une conversation électronique peuvent, en fonction de l'ensemble des circonstances, nourrir une attente raisonnable en matière de vie privée eu égard à cette conversation (*Marakah*, au paragraphe 5). La Cour suprême a cerné trois facteurs à prendre en considération pour déterminer le caractère objectivement raisonnable d'une attente subjective en matière de vie privée en ce qui a trait à une conversation électronique : 1) le lieu fouillé; 2) le caractère privé de l'objet de la fouille; 3) le contrôle de la personne sur l'objet de la fouille (*Marakah*, au paragraphe 24).

[279] En ce qui a trait aux informations stockées sur un ordinateur partagé, la Cour suprême a aussi soutenu que le consentement d'une partie n'annule pas l'attente

privacy the other might have (*R. v. Reeves*, 2018 SCC 56, [2018] 3 S.C.R. 531 (*Reeves*), at paragraph 41). As noted in *Reeves* (at paragraph 41), the risk an individual assumes in providing another access to information they would hope to keep private does not negate a reasonable expectation of privacy: “[t]he question is not which risks the claimant has taken, but which risks should be imposed on him in a free and democratic society.”

[280] The AGC acknowledges that [\*\*\*] had a subjective expectation of privacy in the [\*\*\*] communication but takes the position that one cannot conclude that there was an objectively reasonable expectation of privacy. The AGC notes that the evidence was obtained [\*\*\*] prior to the Supreme Court of Canada decisions in *Marakah* and *Reeves* and submits that at this point in time the jurisprudence would not have supported a conclusion that [\*\*\*] had a reasonable expectation of privacy in the [\*\*\*] chat. The AGC argues there was sufficient authority for the Service to act as it did [\*\*\*] and further submits the law as it exists today continues to provide sufficient authority for the Service to have accessed the communications without having obtained a warrant.

[281] The *amici* do not take issue with the view that any breach was carried out in good faith. However, they further note that the issue of possible infringement in this instance is complex and that it is far from clear how the three factor inquiry provided for in *Marakah* would resolve the question of the objective reasonableness of a subjective expectation of privacy on the part of [\*\*\*]. Citing the divergent views expressed by the seven-member Court in *Reeves*, the *amici* note the issue is one that is subject to significant jurisprudential refinement in the future.

[282] Whether [\*\*\*] had a reasonable expectation of privacy [\*\*\*] does raise a series of complex questions. I agree with the *amici*: these questions need not be resolved in this case. The contents of the [\*\*\*electronic communication\*\*\*] were excluded from consideration

raisonnable en matière de vie privée que peut avoir l’autre partie (*R. c. Reeves*, 2018 CSC 56, [2018] 3 R.C.S. 531 (*Reeves*), au paragraphe 41). Comme il est souligné dans *Reeves*, au paragraphe 41, les risques que court une personne qui donne accès à des informations qu’elle aurait préféré garder privées n’annule pas son attente raisonnable en matière de vie privée : « Il ne faut pas se demander quels risques ont été pris par la personne qui invoque la *Charte*, mais plutôt quels risques devraient lui être imposés dans le cadre d’une société libre et démocratique. »

[280] Le procureur général reconnaît l’attente raisonnable en matière de vie privée qu’avait [\*\*\*] eu égard aux communications [\*\*\*] mais soutient qu’il ne saurait être question de conclure que l’attente était objectivement raisonnable. Il souligne que cet élément de preuve a été obtenu [\*\*\*] avant que la Cour suprême du Canada se prononce dans *Marakah* et *Reeves*. Il ajoute qu’à ce moment, la jurisprudence n’aurait pas permis de conclure que la conversation [\*\*\*] suscitait, chez [\*\*\*] une telle attente raisonnable. Selon le procureur général, le Service disposait des autorisations nécessaires pour agir comme il l’a fait [\*\*\*] et que ce dernier, dans le contexte juridique actuel, dispose encore des pouvoirs nécessaires pour accéder à ces communications sans mandat.

[281] Les *amici* ne contestent pas l’opinion selon laquelle les manquements ont été commis en toute bonne foi. Ils soulignent cependant que, dans ce cas, la possible entorse constitue un problème complexe et qu’il est loin d’être clair que les trois facteurs établis dans *Marakah* pourraient permettre de répondre à la question du caractère raisonnablement objectif de l’attente subjective d’[\*\*\*] en matière de vie privée. Citant les opinions divergentes de la formation de sept juges dans *Reeves*, les *amici* soulignent que d’importantes précisions devront être apportées en la matière sur le plan de la jurisprudence.

[282] La possibilité qu’[\*\*\*] ait eu une attente raisonnable en matière de vie privée [\*\*\*] soulève effectivement une série de questions complexes. Je conviens avec les *amici* qu’il n’y a pas lieu d’y répondre en l’espèce. [\*\*\*Les communications électroniques\*\*\*] ont été



in the granting of the warrants. The circumstances also strongly suggest that the information, even if unlawfully collected, might well be admitted and considered on other grounds. In the circumstances it is neither necessary nor appropriate that I address the issues.

(c) [\*\*\*Electronic device\*\*\*]

[283] [\*\*\*In the Service's investigation of one of the targets, a partner provided the Service with an electronic device that had been left behind by the target when the target departed Canada and had subsequently been provided to the partner. The partner advised the Service that it considered the electronic device to have been provided to it on consent and the partner had relied on this consent in accessing the electronic device. The electronic device provided information that the Service used in support of its warrant application.\*\*\*] [\*\*\*]

[284] The AGC concedes that [\*\*\*the person who provided the electronic device to the partner\*\*\*] could not waive [\*\*\*the target's\*\*\*] reasonable privacy expectation but submits that [\*\*\*the target\*\*\*] abandoned his interest in [\*\*\*the electronic device\*\*\*]. The search, it is submitted, did not result in a Charter breach.

[285] In *Patrick*, Justice Binnie states at paragraph 25 that abandonment is an issue of fact:

Abandonment is therefore an issue of fact. The question is whether the claimant to s. 8 protection has acted in relation to the subject matter of his privacy claim in such a manner as to lead a reasonable and independent observer to conclude that his continued assertion of a privacy interest is unreasonable in the totality of the circumstances.

[286] I must determine whether the totality of the circumstances lead one to conclude that [\*\*\*the electronic device\*\*\*] was abandoned. In my opinion they do.

exclus de l'examen menant à la décision de décerner les mandats. Par ailleurs, en raison des circonstances, il existe une forte présomption selon laquelle ces informations, même recueillies illégalement, auraient très bien pu être prises en considération pour d'autres motifs. Partant, il n'est ni nécessaire ni approprié que je traite de ces questions.

c) [\*\*\*Appareil électronique\*\*\*]

[283] [\*\*\*Durant l'enquête contre l'une des cibles, un partenaire a fourni au Service un appareil électronique qui avait été laissé de côté par la cible lorsque celle-ci avait quitté le Canada. Cet appareil avait subséquemment été fourni au partenaire. Celui-ci informe le Service que l'appareil électronique a été fourni avec consentement et que le partenaire s'est fié à ce consentement pour accéder à l'appareil électronique. L'appareil électronique a fourni des renseignements dont le Service s'est servi au soutien de sa demande de mandats.\*\*\*] [\*\*\*]

[284] Le procureur général reconnaît que [\*\*\*l'individu qui a fourni l'appareil électronique au partenaire\*\*\*] ne pouvait pas renoncer, pour [\*\*\*la cible\*\*\*] à l'attente raisonnable en matière de vie privée. Il soutient toutefois [\*\*\*que la cible\*\*\*] a abandonné [\*\*\*l'appareil électronique\*\*\*] et, donc, renoncé à ses droits le concernant. Selon lui, la fouille ne constituait pas une violation de la Charte.

[285] Dans l'arrêt *Patrick*, le juge Binnie énonce que l'abandon est une question de fait.

L'abandon est donc une question de fait. Il faut se demander si la façon dont la personne qui revendique la protection de l'art. 8 s'est comportée à l'égard de la chose faisant l'objet de sa revendication amènerait un observateur raisonnable et indépendant à conclure qu'il est déraisonnable pour cette personne, eu égard à l'ensemble des circonstances, de continuer à revendiquer le droit au respect de la vie privée.

[286] Partant, est-il possible de conclure, compte tenu de l'ensemble des circonstances, que [\*\*\*l'appareil électronique\*\*\*] a été abandonné? À mon avis, c'est bien le cas.

[287] Abandonment is a conclusion to be drawn from conduct and the reasonableness of any assertion of an ongoing privacy interest and must be assessed based upon the impacted individual's conduct (*Patrick*, at paragraph 54). [\*\*\*The target\*\*\*] departed Canada [\*\*\*]. He was reported [\*\*\*] as missing. [\*\*\*]. He has told others he has no intention of returning to Canada and there is no contrary indication in the evidence.

[288] Departing the country with the intent to not return is insufficient to conclude that property, particularly [\*\*\*a personal electronic device\*\*\*], had been abandoned. [\*\*\*Personal electronic devices\*\*\*] and their contents engage pronounced privacy interests (*Morelli*, at paragraph 105). However, the evidence of abandonment in this case goes beyond this. The purpose for [\*\*\*the target's\*\*\*] departure, the circumstances surrounding the departure and the circumstance surrounding his ongoing absence from Canada are relevant factors.

[289] The evidence indicates that [\*\*\*the target\*\*\*] was dissatisfied with Canada and no longer wanted to live in Canada. He had adopted a violent interpretation of Islam and wanted to engage in *jihad*. He departed Canada without providing any notice [\*\*\*]. He has claimed he has no intent to return to Canada [\*\*\*]. The totality of these circumstances does allow an independent reasonable observer to conclude that any continued assertion of a privacy interest in the [\*\*\*electronic device\*\*\*] would be unreasonable.

(d) Disclosure of source identity

[290] The disclosure of the identity of a human source in a proceeding before a court is prohibited under the CSIS Act unless both the human source and the Director consent to the disclosure:

**18.1 ...**

**Prohibition on disclosure**

(2) Subject to subsections (3) and (8), no person shall, in a proceeding before a court, person or body with jurisdiction

[287] L'abandon est une conclusion tirée du comportement, et le point de démarcation raisonnable quant à toute revendication d'un droit garanti en matière de vie privée se rapporte au comportement de la personne affectée (*Patrick*, au paragraphe 54). [\*\*\*La cible\*\*\*] a quitté le Canada [\*\*\*] signalé sa disparition. [\*\*\*] En outre, il fait savoir qu'il n'avait aucune intention de revenir au Canada, et rien dans la preuve ne va dans le sens contraire de cette affirmation.

[288] Le fait qu'une personne ait quitté le pays sans intention d'y revenir ne suffit pas à conclure à l'abandon d'un objet personnel, particulièrement [\*\*\*un appareil électronique personnel\*\*\*] [\*\*\*appareil électronique personnel\*\*\*] et de son contenu constitue une atteinte grave à la vie privée (*Morelli*, au paragraphe 105). Toutefois, en l'espèce, la preuve relative à l'abandon va au-delà de cela. L'objet et les circonstances du départ [\*\*\*de la cible\*\*\*] ainsi que les circonstances entourant son absence permanente du Canada constituent des facteurs pertinents.

[289] Selon la preuve, pour [\*\*\*la cible\*\*\*] le Canada était source d'insatisfaction, et il ne voulait plus y vivre. Il avait fait sienne une interprétation violente de l'islam et voulait mener le *djihad*. Il a quitté le Canada sans prévenir [\*\*\*] Il a affirmé n'avoir aucune intention de rentrer au Canada, [\*\*\*] L'ensemble de ces circonstances permettent effectivement à un observateur raisonnable de conclure au caractère déraisonnable de toute revendication du droit au respect de la vie privée [\*\*\*]

d) Communication de l'identité d'une source humaine

[290] La Loi sur le SCRS interdit de communiquer l'identité d'une source humaine dans une instance devant un tribunal, à moins que la source humaine et le directeur y consentent.

**18.1 [...]**

**Interdiction de communication**

(2) Sous réserve des paragraphes (3) et (8), dans une instance devant un tribunal, un organisme ou une personne

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.

[291] A human source is defined in the CSIS Act as being an individual to whom a promise of confidentiality has been made:

2 ...

*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*)

[292] [\*\*\*]

[293] The Service complied with this request and in doing so disclosed the identity of a source that was relied upon in [\*\*\*Case A\*\*\*] and [\*\*\*Case B\*\*\*]. The fact that the identity of this source had been disclosed to [\*\*\*a partner\*\*\*] was made known to the Court in the source précis in [\*\*\*Case A\*\*\*]. This raised questions relating to the circumstances and what if any knowledge the source had of the Service's disclosure actions.

[294] That the privilege conferred by section 18.1 does not apply in the circumstances described above was confirmed in the initial hearing. However disclosure of the human source's identity to [\*\*\*a partner\*\*\*] remained an issue on the basis that it appeared inconsistent with the promise of confidentiality that all human sources must be provided (CSIS Act, section 2).

[295] The AGC submits that identity disclosure in this instance was not material to the decision to issue or refuse the requested warrants as there was no information to suggest the relationship between the source and the

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.

[291] Au sens de la Loi sur le SCRS, une « source humaine » est une personne physique qui a reçu une promesse d'anonymat.

2 [...]

*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*)

[292] [\*\*\*]

[293] Le Service a acquiescé à la demande et a donc communiqué l'identité d'une source dont les informations ont été utilisées en appui aux demandes dans les dossiers [\*\*\*Dossier A\*\*\*] et [\*\*\*Dossier B\*\*\*]. La Cour a appris cette communication [\*\*\*du partenaire\*\*\*] dans le précis de la source humaine dans le dossier [\*\*\*Dossier A\*\*\*]. Cela a soulevé des questions quant aux circonstances et à la connaissance qu'avait – peut-être – la source de cette démarche par le Service.

[294] L'audience initiale a permis de confirmer que le privilège prévu à l'article 18.1 ne s'appliquait pas dans les circonstances susmentionnées. Toutefois, la communication de l'identité de la source humaine [\*\*\*au partenaire\*\*\*] demeure un problème, car cette démarche semble entrer en contradiction avec la promesse d'anonymat que reçoivent toutes les sources humaines (article 2 de la Loi sur le SCRS).

[295] Le procureur général soutient qu'en l'espèce, la communication de l'identité n'a pas eu d'incidence sur la décision de décerner les mandats demandés, car rien ne donnait à penser que la relation entre la source et le

Service had any bearing on either credibility or reliability. The AGC further submits that the statutory requirement for a promise of confidentiality is intended to establish the basis upon which a claim of privilege under section 18.1 is to be asserted and assessed in proceedings. The promise does not apply to confidential disclosures undertaken for operational reasons. The AGC argues that the disclosure of the identity of a human source to protect the security of the source in the course of a Service investigation is authorized by subsection 19(2) of the CSIS Act. The AGC further argues that where disclosure of identity is made to [\*\*\*a partner, that partner\*\*\*] is brought within the circle of privilege and there is an expectation that [\*\*\*the partner\*\*\*] will protect the identity of the source. Finally the AGC submits that whether a human source is to be advised that his or her identity will be disclosed to [\*\*\*a partner\*\*\*] must be determined after a consideration of what course of action best protects a source's security. The AGC submits that the source's security motivated the disclosure in this instance, that no judicial remedy is warranted and the information provided by the source can be relied upon in support of the application.

[296] Contrary to the AGC's submissions, the circumstances surrounding identity disclosure in this instance were not immaterial to the application. As the AGC has acknowledged, the circumstances and underlying reasons for disclosure are factors that might well impact upon credibility and reliability. The materiality determination can only be made once the facts and circumstances have been made available to the Court. The improper or unauthorized disclosure of a source's identity might also impact upon the exercise of the warrant granting discretion. Inquiries for the purposes of clarifying the authority to disclose, the purpose of disclosure, and the nature of the security risk in issue are, in my view, relevant and therefore well within the authority of the Court to explore.

[297] I have some reservations with the AGC submissions to the effect that the scope of the promise of confidentiality is limited to the general public and in particular groups and individuals the human source reports

Service avait un lien quelconque avec la crédibilité ou la fiabilité. Il ajoute que la promesse d'anonymat prévue par la Loi sur le SCRS vise à établir une assise sur laquelle appuyer la revendication et l'évaluation du privilège visé à l'article 18.1 au cours d'une instance. La promesse ne s'applique pas aux communications confidentielles faites pour des motifs opérationnels. Selon le procureur général, le paragraphe 19(2) de la Loi sur le SCRS autorise le Service à communiquer l'identité d'une source humaine pour en assurer la sécurité au cours d'une de ses enquêtes. Il soutient en outre qu'un [\*\*\*partenaire\*\*\*] qui est le destinataire de la communication entre de ce fait dans le « cercle » du privilège, et il est attendu que [\*\*\*ce partenaire\*\*\*] protégera l'identité de la source. Enfin, le procureur général est d'avis que la décision d'informer — ou pas — la source humaine que son identité sera communiquée [\*\*\*au partenaire\*\*\*] doit être prise après que la meilleure marche à suivre pour assurer la protection de la source a été arrêtée. Selon le procureur général, en l'occurrence, la sécurité de la source a motivé la communication, aucun recours judiciaire n'est justifié, et les informations fournies par la source peuvent servir en appui à la demande.

[296] Contrairement à ce qu'a affirmé le procureur général dans ses observations, les circonstances de la communication de l'identité en l'espèce ont eu une incidence sur la demande. Comme l'a reconnu le procureur général, les circonstances et les motifs sous-jacents de la communication sont des facteurs qui peuvent très bien avoir des répercussions sur la crédibilité et la fiabilité. La Cour ne peut se prononcer sur l'importance des faits et des circonstances qu'après en avoir pris connaissance. La communication illégitime ou non autorisée de l'identité d'une source peut aussi avoir une incidence sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de décerner un mandat. Partant, je suis d'avis que la Cour est tout à fait en droit de demander des précisions sur l'autorisation de communiquer, sur les motifs de la communication et sur la nature des risques pour la sécurité en question, qui sont des facteurs pertinents.

[297] J'ai quelques réserves sur les observations du procureur général, selon qui l'anonymat promis à la source se limite au grand public et, en particulier, aux groupes et aux personnes sur lesquels la source fait rapport. Je

upon. I am not convinced that this narrow interpretation of the scope of the promise can be sustained upon a contextual reading of the definition of “human source” at section 2 of the CSIS Act, or that it is consistent with the underlying purposes and objectives of assuring sources that their identity will be protected. However I need not determine this issue in this instance.

[298] I am satisfied that a judicial remedy is not required in this instance and the information provided by the source could be relied upon in considering the application.

#### VI. WAIVER OF SOLICITOR-CLIENT PRIVILEGE

[299] In addressing the scope of the issues before the Court, the *amici* observed that the witnesses had relied on legal advice to explain their conduct and characterized the waiver as voluntary. AGC counsel took issue with the waiver being characterized as voluntary, suggesting that the Court influenced the waiver. The AGC sought leave to make further submissions on this point.

[300] Ultimately, AGC counsel did not pursue the request to make further submissions and acknowledged that the Service’s waiver of privilege was voluntary. However, in addressing the basis for the initial objection, counsel explained that it arose as the result of judicial interest having been expressed in the legal advice subsequent to the delivery of the Senior General Counsel’s letter to the Court in January 2019.

[301] Although the issue has not been pursued, the suggestion that the Court sought to influence the production of privileged legal advice warrants comment.

[302] The Senior General Counsel’s letter to the Court in January 2019 enclosed a copy of the “Interim Direction on the Conduct of Operations Likely Involving the Commission of Criminal Offences”, as noted above. The Interim Direction states that the issue of illegality has arisen due to “changes in Canada’s legal landscape”,

ne suis pas convaincu que cette interprétation restrictive de la promesse tienne la route devant une interprétation contextuelle de la définition de « source humaine » (article 2 de la Loi sur le SCRS), ni qu’elle s’accorde avec l’objectif sous-jacent, c’est-à-dire assurer à la source que son identité sera protégée. Toutefois, je n’ai pas à me prononcer sur cette question en l’espèce.

[298] Je suis convaincu qu’un recours judiciaire n’est pas nécessaire en l’espèce et que les informations fournies par la source pouvaient être prises en considération pour l’examen de la demande.

#### VI. RENONCIATION AU SECRET PROFESSIONNEL DE L’AVOCAT

[299] Au cours de leur examen des questions dont est saisie la Cour, les *amici* ont remarqué que les témoins se fondaient sur des avis juridiques pour expliquer leur comportement et ont considéré que la renonciation au secret professionnel de l’avocat était volontaire, ce que le procureur général a contesté, laissant plutôt entendre que la Cour avait eu une influence en la matière. Il a demandé l’autorisation de présenter d’autres observations à ce sujet.

[300] En fin de compte, l’avocat du procureur général n’a pas donné suite à sa demande de présenter d’autres observations et a reconnu le caractère volontaire de la renonciation du Service au secret professionnel de l’avocat. Toutefois, l’avocat a expliqué que son objection initiale découlait de l’intérêt judiciaire exprimé dans l’avis juridique consécutif à l’envoi de la lettre de l’avocat général principal à la Cour en janvier 2019.

[301] Bien que la question n’ait pas été creusée, l’affirmation selon laquelle la Cour aurait tenté d’influencer la production d’avis juridiques visés par le secret professionnel de l’avocat mérite que je m’y attarde.

[302] Comme il en est question plus haut, la lettre adressée à la Cour en janvier 2019 par l’avocat général principal comprenait une copie des [TRADUCTION] « Instructions provisoires sur la conduite d’opérations impliquant probablement la commission d’infractions criminelles ». Selon ces instructions, le problème de

that the “evolution of the law has resulted in increased legal risk to CSIS employees and human sources”, and that the Government has addressed this risk through the creation of a legislative justification regime. During the CMC that followed the January 2019 letter, counsel was asked to identify the changes in Canada’s legal landscape referred to in the Interim Direction. Counsel was not requested to disclose legal advice, although counsel did advise the Court that privilege obligations limited counsel in responding to the Court. The Court respected counsel’s comments to this effect.

[303] The Court was advised that the Director of the Service had waived solicitor-client privilege over “relevant legal opinions” with the filing of the January 2019 affidavit in [\*\*\*Case B\*\*\*]. The potential waiver of solicitor-client privilege had not previously arisen in [\*\*\*Case B\*\*\*].

[304] In the course of the common issues hearings, the *amici* requested additional documents either referenced and relied on in the legal advice over which privilege had been waived or that was relied on by affiants in the course of their evidence. Where this situation arose, counsel for the Service identified any claim of privilege and undertook to obtain instructions. The scope and impact of the Service’s initial waiver decision was never placed in issue.

[305] The suggestion that the Court influenced the Service’s decision to waive solicitor-client privilege is not tenable. As reflected in the January 2019 affidavit advising of the waiver, the decision rested with and was made by the Service.

## VII. CONCLUDING REMARKS

[306] In November 2019, the Court was informed of a series of measures the Service had initiated to address access to, and use of, human source information in the warrant preparation and application process. One of the three measures identified was the engagement, in

l’illégalité est attribuable aux [TRADUCTION] « modifications au contexte juridique du Canada »; en outre, l’« évolution du droit a accru les risques juridiques pour les employés et les sources humaines du Service », et le gouvernement s’est attaqué à ses risques par la création d’un régime de justification légal. Lors de la conférence de gestion d’instance consécutive à la lettre de janvier 2019, l’avocat a été invité à énumérer les modifications au contexte juridique auxquelles les instructions faisaient allusion. Il n’a pas été appelé à divulguer d’avis juridique, bien qu’il ait avisé la Cour que le secret professionnel de l’avocat limitait les réponses qu’il pouvait donner, ce que la Cour a respecté.

[303] La Cour a été informée que le directeur du Service avait renoncé au secret professionnel de l’avocat ayant trait à des avis juridiques pertinents quant à la présentation de l’affidavit de janvier 2019 dans le dossier [\*\*\*Dossier B\*\*\*] L’éventuelle renonciation à ce privilège n’avait pas été soulevée dans ce dossier.

[304] Au cours des audiences sur les questions d’intérêt commun, les *amici* ont demandé d’autres documents, soit qui avaient servi à fonder l’avis juridique visé par la renonciation (et que celui-ci mentionnait), soit grâce auxquels les déposants avaient étayé leur témoignage. Lorsque cette situation se présentait, l’avocat du Service prenait note de toute revendication du privilège et demandait des instructions. La portée et l’incidence de la renonciation initiale par le Service n’ont jamais été mises en cause.

[305] L’affirmation selon laquelle la Cour a influencé la décision du Service de renoncer au secret professionnel de l’avocat n’est pas défendable. Comme en atteste l’affidavit de janvier 2019, qui faisait état de la renonciation, la décision en la matière appartenait au Service, qui l’a prise.

## VII. OBSERVATIONS FINALES

[306] En novembre 2019, le Service a avisé la Cour qu’il avait pris trois mesures relatives à l’accès aux informations sur des sources humaines dans le processus de préparation des demandes de mandats ainsi qu’à l’utilisation de ces informations. Notamment, à la mi-septembre



mid-September 2019, of Mr. Morris Rosenberg, a former senior Deputy Minister. Mr. Rosenberg was engaged to conduct a review of Service practices regarding the disclosure of information about human sources in warrant applications. The review was undertaken in the context of non-disclosure of information relating to a source in [\*\*\*Case D\*\*\*] before Justice Brown.

[307] In March 2020, the Court was advised that Mr. Rosenberg's report had been completed. A copy was subsequently filed by way of supplemental affidavit and is titled "Independent Review – Duty of Candour at CSIS". It is limited to a consideration of the circumstances relating to the single source in [\*\*\*Case D\*\*\*]. The report is formatted as a presentation, a series of slides with information set out in lists and narrative statements supported by diagrams and charts.

[308] In describing his mandate, Mr. Rosenberg notes that "[p]revious duty of candour reviews conducted by Segal and Sims have focused mainly on DLSU and affiant's dealing with the Federal Court. This review was scoped to focus more specifically on actions that can be taken within the Service to address duty of candour concerns."

[309] The Rosenberg report identifies deficiencies in the areas of internal communications, the relationship between the Department of Justice and the Service and training as contributing to the issues that arose in [\*\*\*Case D\*\*\*]. The report notes that a precondition to addressing these deficiencies is "the need to address cultural issues around warrants".

[310] Despite the limited scope of this internally mandated report, institutional culture is identified as undermining both the commitment to and compliance with core values including respect for the rule of law. The report reinforces my view that a comprehensive external review is required. It is another signal that steps must be taken to address these issues. This comprehensive review must encompass Service and Department of Justice processes, governance, culture, and relationships

2019, il avait chargé l'ancien sous-ministre Morris Rosenberg de revoir ses pratiques en matière de communication d'informations sur des sources humaines dans les demandes de mandats. Il a entrepris cet examen dans le contexte de la non-communication d'informations relatives à une source dans le dossier [\*\*\*Dossier D\*\*\*] (le juge Brown).

[307] En mars 2020, la Cour a appris que M. Rosenberg avait terminé son rapport, [TRADUCTION] « Examen indépendant : L'obligation de franchise au SCRS », qui lui a ensuite été présenté au moyen d'un affidavit supplémentaire. Il porte uniquement sur les circonstances entourant la source unique dans le dossier [\*\*\*Dossier D\*\*\*]. Il s'agit d'un exposé, une série de diapositives où les informations figurent sous forme de listes et d'énoncés appuyés par des diagrammes et des tableaux.

[308] Au sujet du mandat qui lui a été confié, M. Rosenberg souligne que [TRADUCTION] « dans leurs examens de l'obligation de franchise, MM. Segal et Sims se sont concentrés sur les relations entre, d'une part, les Services juridiques et le déposant et, d'autre part, la Cour fédérale. Le présent examen porte plus précisément sur les mesures qui peuvent être prises au Service pour répondre aux préoccupations ayant trait à l'obligation de franchise ».

[309] M. Rosenberg relève dans son rapport que, dans les communications internes, les relations entre le ministère de la Justice et le Service ainsi que dans la formation, des lacunes qui ont contribué au problème soulevé dans le dossier [\*\*\*Dossier D\*\*\*]. Il souligne que, pour combler ces lacunes, il est nécessaire au préalable [TRADUCTION] « de régler les problèmes de culture qui ont trait aux mandats ».

[310] Bien qu'il ait une portée limitée, ce rapport interne révèle que la culture organisationnelle nuit tant à l'engagement envers les valeurs fondamentales, dont le respect de la primauté du droit, qu'à leur observation. Il me conforte dans mon opinion : un examen externe approfondi s'impose. Il s'agit d'un autre signe qu'il est impératif de prendre des mesures pour régler ces problèmes. L'examen doit porter sur les processus, la gouvernance, la culture et les relations qui,

impacting upon compliance with the duty of candour. The review must address more fundamental concerns relating to the prioritization of the rule of law as a foundational principle in all Service decision making. Mr. Rosenberg's report is another indicator of the need for a comprehensive external review; it should not be seen as a substitute for it.

[311] With respect to the substantive issues that have arisen in this matter I have concluded that:

- A. Within the context of an application for warrants pursuant to sections 12 and 21 of the CSIS Act the Court may consider information likely collected in contravention of the law. However, such information should only be considered after the Court has considered and weighed all relevant factors. These factors include the seriousness of the likely illegal activity; the circumstances in which likely illegality occurred; the impact of any likely illegality on issues of fairness and individual rights; and broader societal interests that may be engaged. These factors are to be considered and weighed within the broader context of the overall impact a decision to consider or exclude the impugned information would have on the long-term repute of the administration of justice. This analysis should be considered with a particular focus on the expectation that national security investigations are to be undertaken within the bounds of the law.
- B. Where new facts come to light that could have impacted upon the exercise of judicial discretion, the Court has the inherent right to review a previously issued *ex parte* warrant. Where such facts disclose that information likely collected in contravention of the law was placed before the Court, the Court will determine whether any such information should have been considered by engaging in the analysis summarized at paragraph (A). Having reached a conclusion on whether to consider or exclude the impugned information, the Court will then consider whether the Order could have issued based on the information properly before the Court.

au Service et au ministère de la Justice, ont une incidence sur l'obligation de franchise. Il doit aussi aborder des préoccupations de fond quant à la priorisation de la primauté du droit comme principe fondamental de tout processus décisionnel au Service. Le rapport de M. Rosenberg est un autre indice qui pointe vers la nécessité d'un examen externe approfondi : il ne remplace pas un tel examen.

[311] Relativement aux questions de fond soulevées en l'espèce, j'ai formulé les conclusions suivantes :

- A. Dans le contexte d'une demande de mandats faite en vertu des articles 12 et 21 de la Loi sur le SCRS, la Cour peut tenir compte d'informations probablement recueillies en infraction avec la loi. Toutefois, elle ne devrait le faire qu'après avoir examiné et soupesés tous les facteurs utiles, notamment la gravité de l'activité probablement illégale, les circonstances qui l'entourent, l'incidence de toute illégalité probable sur l'équité et les droits individuels, ainsi que les intérêts pour la collectivité pouvant être mis en cause. Il y a lieu d'examiner et de soupeser ces facteurs dans le contexte élargi de l'incidence générale qu'aurait à long terme la décision de prendre en considération ou d'exclure les informations contestées sur la considération dont jouit l'administration de la justice, en accordant une attention particulière à l'attente relative au respect de la loi dans l'exécution des enquêtes de sécurité nationale.
- B. La Cour a le droit inhérent de revoir une ordonnance rendue *ex parte* lorsque, par la suite, sont portés à son attention des faits nouveaux qui auraient pu avoir une incidence sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Lorsque ces faits révèlent que des informations probablement recueillies en infraction avec la loi ont été présentées à la Cour, celle-ci détermine si elle aurait dû tenir compte de l'une ou l'autre de ces informations dans l'analyse mentionnée à l'alinéa ci-dessus. Après s'être prononcée sur l'exclusion ou la prise en considération des informations contestées, la Cour détermine si l'ordonnance aurait pu avoir été rendue sur la foi

- des informations qui lui avaient été présentées à juste titre.
- C. Should the Court invalidate or otherwise vary a previously issued warrant on the basis that new facts have come to light that could have impacted on the exercise of judicial discretion the Court may also consider remedial measures that would impact on information previously collected pursuant to the invalidated or varied warrant.
- D. The discovery or disclosure of significant facts or circumstances in the course of judicial consideration of a warrant application does not vitiate the pre-application consultation and approval process prescribed in the CSIS Act. However a designated judge possesses the inherent discretion to decline to issue a warrant pending notification of the subsequently discovered facts or circumstances to appropriate officials or authorities.
- C. La Cour peut aussi envisager de prendre des mesures correctives à l'égard des informations recueillies en vertu d'un mandat qu'elle décide d'annuler ou de modifier parce qu'ont été portés à son attention des faits nouveaux qui auraient pu avoir une incidence sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.
- D. La découverte ou la communication de circonstances ou de faits importants au cours de l'examen judiciaire d'une demande de mandats n'entachent pas le processus de consultation et d'approbation préalable que prévoit la Loi sur le SCRS. Le juge désigné conserve toutefois le pouvoir discrétionnaire inhérent de refuser de décerner un mandat avant que les circonstances ou les faits ainsi découverts aient été portés à l'attention des autorités ou des intervenants compétents.

#### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The Canadian Security Intelligence Service breached the duty of candour it owed to the Court in failing to proactively identify and disclose that it had included in support of warrant applications [\*\*\*Case A\*\*\*] and [\*\*\*Case B\*\*\*] information that was likely derived from illegal activities;
2. It is recommended that a comprehensive external review be initiated to fully identify systemic, governance and cultural shortcomings and failures that resulted in the Canadian Security Intelligence Service engaging in operational activity that it has conceded was illegal and the resultant breach of candour. This review should include but not be limited to the following areas of inquiry:

#### JUGEMENT

LA COUR REND LE JUGEMENT suivant :

1. Le Service canadien du renseignement de sécurité a manqué à son obligation de franchise envers la Cour, c'est-à-dire qu'il a négligé de reconnaître et de communiquer de façon proactive qu'il avait utilisé, en appui aux demandes de mandats dans les dossiers [\*\*\*Dossier A\*\*\*] et [\*\*\*Dossier B\*\*\*] des informations découlant probablement d'activités illégales.
2. Il est recommandé qu'un examen externe exhaustif soit effectué afin de relever l'ensemble des lacunes et des défaillances systémiques, culturelles et liées à la gouvernance qui ont eu pour conséquences que le Service canadien du renseignement de sécurité a mené des activités opérationnelles dont il a reconnu l'illégalité et a manqué à son obligation de franchise. L'examen devrait porter, notamment, sur les éléments suivants :

- 
- |   |   |
|---|---|
| i. The application of the Department of Justice legal risk assessment framework to Service operations;  | i. l'application du cadre d'évaluation des risques juridiques du ministère de la Justice aux opérations du Service canadien du renseignement de sécurité;   |
| ii. The manner in which legal advice is delivered to the Canadian Security Intelligence Service;  | ii. le mode de prestation des avis juridiques au Service canadien du renseignement de sécurité;   |
| iii. An assessment of whether legal risk is always an appropriate framework in which to assess and provide advice on the legal consequences of intelligence operations;   | iii. une évaluation du caractère adéquat du recours, en toutes circonstances, aux risques juridiques comme cadre d'évaluation et de prestation de conseils quant aux conséquences juridiques des opérations de renseignement;   |
| iv. The sharing of information within the National Security Litigation and Advisory Group, particularly as between those employees fulfilling an advisory function and those appearing before the Court;  | iv. l'échange d'information au sein du Groupe litiges et conseils en sécurité nationale, particulièrement entre les employés qui ont un rôle consultatif et ceux qui comparaissent devant la Cour;  |
| v. The interplay between Service counsel's duty of candour to the Court and their duty of loyalty to the Canadian Security Intelligence Service;  | v. l'interaction entre l'obligation de franchise des avocats du Service envers la Cour et leur obligation de loyauté envers le Service canadien du renseignement de sécurité;   |
| vi. The nature and extent of any duty to act where counsel for the Attorney General is aware that a client is, or probably is, operating contrary to law;   | vi. la nature et la portée de l'obligation d'agir de l'avocat du procureur général lorsqu'il sait qu'un client mène effectivement ou probablement des activités en violation de la loi;   |
| vii. The information security practices followed by the Service to ensure that senior decision-makers and advisors, in reviewing or approving operational activities, can identify relevant linkages between distinct operational initiatives and recognize the potential relevance of other information known to the decision-maker; | vii. les pratiques en matière de sécurité de l'information adoptées par le Service en vue d'assurer que les décideurs et conseillers principaux, lorsqu'ils examinent et approuvent des activités opérationnelles, soient en mesure de reconnaître les liens pertinents entre des initiatives opérationnelles distinctes ainsi que la pertinence éventuelle d'autres informations qu'ils possèdent; |
| viii. Assuring the Court that human source information has been subject to the same rigorous challenge in the warrant preparation process as any other information and that affiants can  | viii. la démarche visant à assurer la Cour que, dans le processus de préparation de la demande de mandats, les informations fournies par des sources humaines ont fait l'objet  |

- 
- |  |  |
|--|--|
| <p>fully satisfy their duty of candour obligations in respect of human sources of information;</p> <p>ix. Consideration as to whether individual conduct and decision-making warrants further review or action;</p> <p>3. Pending consideration of an amendment to the warrant template, the Canadian Security Intelligence Service shall comply with paragraph 241 of the enclosed reasons;</p> <p>4. The Canadian Security Intelligence Service and the Department of Justice shall advise the Court within sixty days as to how it intends to proceed in light of the Court's recommendations;</p> <p>5. These reasons shall, within twenty days of the date of this judgment and reasons, be reviewed by counsel for the Attorney General and the Canadian Security Intelligence Service for the purposes of identifying what parts of the judgment and reasons can be made public. After those twenty days, and within the following twenty days, the <i>amici</i> shall review the suggested redactions. Both are to be guided by the open court principle and shall work cooperatively in conducting this review. Any contentious issues shall be referred to the undersigned within the following five days for determination.</p> | <p>d'un examen aussi rigoureux que toute autre information, et que les déposants peuvent pleinement s'acquitter de leur obligation de franchise en ce qui les concerne;</p> <p>ix. la possibilité que des comportements individuels ou que la prise de décisions sur le plan individuel doivent faire l'objet d'un examen ou de mesures additionnels.</p> <p>3. Dans l'attente d'une modification aux modèles de mandats, le Service canadien du renseignement de sécurité utilisera le libellé qui figure au paragraphe 241 des présents motifs.</p> <p>4. Le Service canadien du renseignement de sécurité et le ministère de la Justice sont tenus, dans les 60 jours, d'informer la Cour de la manière dont ils entendent donner suite à ses recommandations.</p> <p>5. Les avocats du procureur général et le Service canadien du renseignement de sécurité doivent d'abord passer en revue le présent jugement et les motifs qui l'accompagnent pour déterminer les parties qui peuvent être rendues publiques dans les 20 jours suivants la date des présents jugement et motifs. Une fois ces 20 jours écoulés, les <i>amici</i> examinent le caviardage proposé dans les 20 jours suivants. Les avocats du procureur général et les <i>amici</i> se consulteront et prendront des décisions en fonction du principe de la publicité des débats judiciaires. Toute question litigieuse doit être soumise au soussigné dans les cinq (5) jours suivants aux fins de décision.</p> |
|--|--|

## ANNEX A

## Appendix 1

## OVERVIEW OF EVIDENCE AND PROCEEDINGS

Affiants in [\*\*\*Case B\*\*\*]<sup>1</sup>

AFFIANTS			
Affiants Identified by Position	Affidavit(s) Filed		Date(s) Testified
	Date Sworn or Affirmed	Date Filed	
CSIS Intelligence Officer – Deputy Chief Counter Terrorism Division (Applicant in [***Case B***])	August 23, 2018	September 7, 2018	October 18, 2018
	September 6, 2018	September 7, 2018	February 13, 2019
	November 8, 2018	November 9, 2018	April 3, 2019
	March 8, 2019	March 8, 2019	
	April 1, 2019	April 1, 2019	
	May 28, 2019	May 28, 2019	
CSIS Intelligence Officer – Chief Human Source Management	January 25, 2019	January 25, 2019	February 13, 2019
	January 25, 2019 (Affidavit of Documents in two Volumes)	January 25, 2019	
	February 28, 2019	March 8, 2019	
	November 7, 2019	November 8, 2019	
	March 23, 2020	March 23, 2020	
Legal Assistant	January 25, 2019 (Affidavit of Documents)	January 25, 2019	[BLANK]
NSLAG General Counsel	March 6, 2019	March 15, 2019	April 17, 2019

<sup>1</sup> Additional affidavits were filed and witnesses were heard in [\*\*\*Case D\*\*\*]. Additional affidavits were filed in [\*\*\*Case C\*\*\*]. This evidence is not reflected in this Annex.

## ANNEXE A

## Appendice 1

## APERÇU DE LA PREUVE ET DE L'INSTANCE

Déposants dans le dossier [\*\*\*Dossier B\*\*\*]<sup>1</sup>

DÉPOSANTS			
Poste du déposant	Dates relatives à l'affidavit		Date du témoignage
	Date de la déclaration sous serment ou de l'affirmation solennelle	Date de dépôt au dossier	
Agent de renseignement du SCRS — chef adjoint, Division de l'antiterrorisme (Demandeur dans le dossier [***Dossier B***])	23 août 2018	7 septembre 2018	18 octobre 2018
	6 septembre 2018	7 septembre 2018	13 février 2019
	8 novembre 2018	9 novembre 2018	3 avril 2019
	8 mars 2019	8 mars 2019	
	1 <sup>er</sup> avril 2019	1 <sup>er</sup> avril 2019	
	28 mai 2019	28 mai 2019	
Agent de renseignement du SCRS – chef, Gestion des sources humaines	25 janvier 2019	25 janvier 2019	13 février 2019
	25 janvier 2019 (affidavit de documents en deux volumes)	25 janvier 2019	
	28 février 2019	8 mars 2019	
	7 novembre 2019	8 novembre 2019	
	23 mars 2020	23 mars 2020	
	25 janvier 2019 (affidavit de documents)	25 janvier 2019	[VIDE]
Avocat général, GLCSN	6 mars 2019	15 mars 2019	17 avril 2019

<sup>1</sup> La présente annexe ne fait pas état des affidavits supplémentaires et des autres témoignages déposés et entendus dans le dossier [\*\*\*Dossier D\*\*\*] et des affidavits supplémentaires déposés dans le dossier [\*\*\*Dossier C\*\*\*]



AFFIANTS			
Affiants Identified by Position	Affidavit(s) Filed		Date(s) Testified
	Date Sworn or Affirmed	Date Filed	
NSLAG Counsel	March 14, 2019	March 15, 2019	April 29, 2019
	April 23, 2019	April 26, 2019	
	(Filed in support of a Motion seeking limited standing)		

ANNEX A

Appendix 2

OVERVIEW OF EVIDENCE AND PROCEEDINGS

Hearings and Case Management Conferences [CMCs] in [\*\*\*]<sup>2</sup>

HEARINGS AND CASE MANAGEMENT CONFERENCES			
Date	Hearing or CMC	Justices Present	Comment
October 1, 2018	CMC	Justice Gleeson	[BLANK]
October 18, 2018	Hearing	Justice Gleeson	Witness
October 19, 2018	CMC	Justice Gleeson	[BLANK]
November 7, 2018	CMC	Justice Gleeson	[BLANK]
January 14, 2019	CMC	Justice Gleeson	[BLANK]
February 13, 2019	Hearing	Justice Gleeson	Witnesses
March 29, 2019	CMC	Justice Gleeson	[BLANK]
April 3, 2019	Hearing and CMC	Justice Gleeson	Witness

<sup>2</sup> There were a series of CMCs in [\*\*\*Case A\*\*\*] between April and July 2018 prior to the filing of the fresh application in [\*\*\*Case B\*\*\*] on September 7, 2018.

DÉPOSANTS			
Poste du déposant	Dates relatives à l'affidavit		Date du témoignage
	Date de la déclaration sous serment ou de l'affirmation solennelle	Date de dépôt au dossier	
Avocat, GLCSN	14 mars 2019	15 mars 2019	29 avril 2019
	23 avril 2019	26 avril 2019	
	(en appui à une requête en qualité restreinte pour comparaître)		

ANNEXE A

Appendice 2

APERÇU DE LA PREUVE ET DE L'INSTANCE

Audiences et conférences de gestion d'instance dans le dossier [\*\*\*Dossier B\*\*\*]<sup>2</sup>

AUDIENCES ET CONFÉRENCES DE GESTION D'INSTANCE [CGI]			
Date	Audience ou CGI	Juge en présence	Commentaires
1 <sup>er</sup> octobre 2018	CGI	Le juge Gleeson	[VIDE]
18 octobre 2018	Audience	Le juge Gleeson	Témoin
19 octobre 2018	CGI	Le juge Gleeson	[VIDE]
7 novembre 2018	CGI	Le juge Gleeson	[VIDE]
14 janvier 2019	CGI	Le juge Gleeson	[VIDE]
13 février 2019	Audience	Le juge Gleeson	Témoins
29 mars 2019	CGI	Le juge Gleeson	[VIDE]
3 avril 2019	Audience et CGI	Le juge Gleeson	Témoin

<sup>2</sup> Une série de CGI ont été tenues dans le dossier [\*\*\*Dossier A\*\*\*] d'avril à juillet 2018, soit avant le dépôt de la nouvelle demande dans le dossier [\*\*\*Dossier B\*\*\*] le 7 septembre 2018.

HEARINGS AND CASE MANAGEMENT CONFERENCES			
Date	Hearing or CMC	Justices Present	Comment
April 17, 2019	Hearing	Justice Gleeson	Witness
April 29, 2019	Hearing	Justice Gleeson	Witness
June 28, 2019	Hearing	Justice Gleeson	Oral Submissions

ANNEX A

Appendix 3

OVERVIEW OF EVIDENCE AND PROCEEDINGS

Affiants in the Common Issues Proceedings<sup>3</sup>

AFFIANTS			
Affiants Identified by Position	Affidavit(s) Filed		Date(s) Testified
	Date Sworn or Affirmed	Date Filed	
Director – CSIS (from 2013 to May 2017)	March 14, 2019	March 15, 2019	April 1, 2019 to April 2, 2019
Deputy Director Operations – CSIS (June 2018 to present)	March 17, 2019	March 18, 2019	April 1, 2019 to April 2, 2019
Director – CSIS (June 2017 to present)	March 17, 2019	March 18, 2019	April 1, 2019 to April 2, 2019
Legal Assistant	March 29, 2019	March 29, 2019	[BLANK]
	November 7, 2019	November 8, 2019	

<sup>3</sup> Additional affidavits were filed and witnesses were heard in [\*\*\*Case D\*\*\*]. Additional affidavits were filed in [\*\*\*Case C\*\*\*]. This evidence is not reflected in this Annex.

AUDIENCES ET CONFÉRENCES DE GESTION D'INSTANCE [CGI]			
Date	Audience ou CGI	Juge en présence	Commentaires
17 avril 2019	Audience	Le juge Gleeson	Témoin
29 avril 2019	Audience	Le juge Gleeson	Témoin
28 juin 2019	Audience	Le juge Gleeson	Observations orales

ANNEXE A

Appendice 3

APERÇU DE LA PREUVE ET DE L'INSTANCE

Déposants dans l'instance sur les questions d'intérêt commun<sup>3</sup>

DÉPOSANTS			
Poste du déposant	Dates relatives à l'affidavit		Date du témoignage
	Date de la déclaration sous serment ou de l'affirmation solennelle	Date de dépôt au dossier	
Directeur, SCRS (de 2013 à mai 2017)	14 mars 2019	15 mars 2019	Les 1 <sup>er</sup> et 2 avril 2019
Sous-directeur des Opérations, SCRS (de juin 2018 à aujourd'hui)	17 mars 2019	18 mars 2019	Les 1 <sup>er</sup> et 2 avril 2019
Directeur, SCRS (de juin 2017 à aujourd'hui)	17 mars 2019	18 mars 2019	Les 1 <sup>er</sup> et 2 avril 2019
Adjoint juridique	29 mars 2019	29 mars 2019	[BLANK]
	7 novembre 2019	8 novembre 2019	

<sup>3</sup> La présente annexe ne fait pas état des affidavits supplémentaires et des autres témoignages déposés et entendus dans le dossier [\*\*\*Dossier D\*\*\*] et des affidavits supplémentaires déposés dans le dossier [\*\*\*Dossier C\*\*\*]

<b>AFFIANTS</b>			
<b>Affiants Identified by Position</b>	<b>Affidavit(s) Filed</b>		<b>Date(s) Testified</b>
	<b>Date Sworn or Affirmed</b>	<b>Date Filed</b>	
Deputy Director Operations – CSIS (2013 to 2019)	April 24, 2019	April 24, 2019	April 29, 2019
NSLAG General Counsel	April 24, 2019	April 25, 2019	[BLANK]
Executive Director and Senior General Counsel – NSLAG (2009 to 2018)	April 25, 2019 April 29, 2019 (Filed in support of a motion seeking limited standing)	April 25, 2019 April 29, 2019	April 30, 2019 and May 13, 2019
Deputy Minister of Justice and Deputy Attorney General of Canada (June 26, 2017 to present)	June 10, 2019	June 10, 2019	[BLANK]
Deputy Minister of Justice and Deputy Attorney General of Canada (November 5, 2012 to June 23, 2017)	July 5, 2019	July 5, 2019	August 28, 2019
Assistant Deputy Minister of Public Safety, Defence and Immigration (2014 to present)	August 8, 2018	August 9, 2018	August 28, 2019
CSIS Intelligence Officer – Chief Human Source Management	November 7, 2019 March 23, 2020	November 8, 2019 March 23, 2020	[BLANK]

<b>DÉPOSANTS</b>			
<b>Poste du déposant</b>	<b>Dates relatives à l'affidavit</b>		<b>Date du témoignage</b>
	<b>Date de la déclara- tion sous serment ou de l'af- firmation solennelle</b>	<b>Date de dépôt au dossier</b>	
Sous-directeur des Opérations, SCRS (de 2013 à 2019)	24 avril 2019	24 avril 2019	29 avril 2019
Avocat général, GLCSN	24 avril 2019	25 avril 2019	[VIDE]
Directrice exécutive et avocate géné- rale principale, GLCSN (de 2009 à 2018)	25 avril 2019 29 avril 2019 (en appui à une re- quête en qualité res- treinte pour comparaître)	25 avril 2019 29 avril 2019	30 avril et 13 mai 2019
Sous-ministre de la Justice et sous- procureur géné- ral du Canada (du 26 juin 2017 à aujourd'hui)	10 juin 2019	10 juin 2019	[VIDE]
Sous-ministre de la Justice et sous- procureur géné- ral du Canada (du 5 novembre 2012 au 23 juin 2017)	5 juillet 2019	5 juillet 2019	28 août 2019
Sous-ministre adjointe de la sécurité pu- blique, de la défense et de l'immigration (de 2014 à aujourd'hui)	8 août 2018	9 août 2018	28 août 2019
Agent de ren- seignement du SCRS – chef, Gestion des sources humaines	7 novembre 2019 23 mars 2020	8 novembre 2019 23 mars 2020	[VIDE]

## ANNEX A

## Appendix 4

## OVERVIEW OF EVIDENCE AND PROCEEDINGS

Hearings and Case Management Conferences [CMCs] in the Common Issues Proceedings

HEARINGS AND CASE MANAGEMENT CONFERENCES			
Date	Hearing or CMC	Justices Present	Comment
January 28, 2019	CMC	Justices Mosley and Kane	[BLANK]
February 21, 2019	Hearing	<i>En Banc</i>	[BLANK]
April 1, 2019	Hearing	Justices Brown and Gleeson	Witnesses
April 2, 2019	Hearing	Justices Brown and Gleeson	Witnesses
April 12, 2019	CMC	Justices Kane, Brown and Gleeson	[BLANK]
April 29, 2019	Hearing	Justices Kane, Brown and Gleeson	Witness
April 30, 2019	Hearing	Justices Kane, Brown and Gleeson	Witness
May 13, 2019	Hearing	Justices Kane, Brown and Gleeson	Witness
May 29, 2019	Hearing	Justices Kane, Brown and Gleeson	[BLANK]
June 27, 2019	Hearing	Justices Kane, Brown and Gleeson	Oral Submissions

## ANNEXE A

## Appendice 4

## APERÇU DE LA PREUVE ET DE L'INSTANCE

Audiences et conférences de gestion d'instance dans l'instance sur les questions d'intérêt commun

AUDIENCES ET CONFÉRENCES DE GESTION D'INSTANCE [CGI]			
Date	Audience ou CGI	Juge en présence	Commentaires
28 janvier 2019	CGI	Les juges Mosley et Kane	[VIDE]
21 février 2019	Audience	En formation plénière	[VIDE]
1 <sup>er</sup> avril 2019	Audience	Les juges Brown et Gleeson	Témoins
2 avril 2019	Audience	Les juges Brown et Gleeson	Témoins
12 avril 2019	CGI	Les juges Kane, Brown et Gleeson	[VIDE]
29 avril 2019	Audience	Les juges Kane, Brown et Gleeson	Témoïn
30 avril 2019	Audience	Les juges Kane, Brown et Gleeson	Témoïn
13 mai 2019	Audience	Les juges Kane, Brown et Gleeson	Témoïn
29 mai 2019	Audience	Les juges Kane, Brown et Gleeson	[VIDE]
27 juin 2019	Audience	Les juges Kane, Brown et Gleeson	Observations orales

<b>HEARINGS AND CASE MANAGEMENT CONFERENCES</b>			
<b>Date</b>	<b>Hearing or CMC</b>	<b>Justices Present</b>	<b>Comment</b>
July 30, 2019	CMC	Justices Kane, Brown and Gleeson	[BLANK]
August 28, 2019	Hearing	Justices Kane, Brown and Gleeson	Witnesses
November 1, 2019	Hearing	Justices Brown and Gleeson	Oral Submissions

ANNEX A

Appendix 5

OVERVIEW OF EVIDENCE AND PROCEEDINGS

Legal Opinions

<b>LEGAL OPINIONS</b>			
<b>Date</b>	<b>Authored by</b>	<b>Addressed to</b>	<b>Location in Record</b>
April 5, 2002	Department of Justice Constitutional and Administrative Law Section	Numerous Addressees	NSLAG Legal Assistant Affidavit of Documents filed March 29, 2019
April 28, 2005	NSLAG	Numerous Service Addressees	NSLAG Legal Assistant Affidavit of Documents filed March 29, 2019
April 11, 2013	NSLAG	Senior General Counsel NSLAG	NSLAG Legal Assistant Affidavit of Documents filed March 29, 2019

<b>AUDIENCES ET CONFÉRENCES DE GESTION D'INSTANCE [CGI]</b>			
<b>Date</b>	<b>Audience ou CGI</b>	<b>Juge en présence</b>	<b>Commentaires</b>
30 juillet 2019	CGI	Les juges Kane, Brown et Gleeson	[VIDE]
28 août 2019	Audience	Les juges Kane, Brown et Gleeson	Témoins
1 <sup>er</sup> novembre 2019	Audience	Les juges Brown et Gleeson	Observations orales

ANNEXE A

Appendice 5

APERÇU DE LA PREUVE ET DE L'INSTANCE

Avis juridiques

<b>AVIS JURIDIQUES</b>			
<b>Date</b>	<b>Auteur</b>	<b>Destinataire</b>	<b>Situation au dossier</b>
5 avril 2002	Section du droit administratif et constitutionnel, ministère de la Justice	De nombreux destinataires	Affidavit de document de l'adjointe juridique déposé le 29 mars 2019
28 avril 2005	GLCSN	De nombreux destinataires au SCRS	Affidavit de document de l'adjointe juridique déposé le 29 mars 2019
11 avril 2013	GLCSN	Avocate générale principale, GLCSN	Affidavit de document de l'adjointe juridique déposé le 29 mars 2019

<b>LEGAL OPINIONS</b>			
<b>Date</b>	<b>Authored by</b>	<b>Addressed to</b>	<b>Location in Record</b>
June 29, 2015	Assistant Deputy Minister of Public Safety, Defence and Immigration	Public Safety and CSIS Officials	Assistant Deputy Minister of Public Safety, Defence and Immigration Affidavit filed August 9, 2019
October 8, 2015	NSLAG	Deputy Director Operations CSIS	Deputy Director Operations – CSIS Affidavit filed March 18, 2019
Various opinions prepared in the context of operational legal risk assessments between March 2017 and late 2018	NSLAG	Service	CSIS Intelligence Officer – Chief Human Source Management Affidavit of Documents filed January 25, 2019 and NSLAG General Counsel Affidavit filed April 25, 2019
January 23, 2017	NSLAG	Director CSIS	NSLAG Legal Assistant Affidavit of Documents filed January 25, 2019

<b>AVIS JURIDIQUES</b>			
<b>Date</b>	<b>Auteur</b>	<b>Destinataire</b>	<b>Situation au dossier</b>
29 juin 2015	Sous-ministre adjoint de la sécurité publique, de la défense et de l'immigration	Fonctionnaires de Sécurité publique et du SCRS	Affidavit de la sous-ministre adjointe de la sécurité publique, de la défense et de l'immigration, déposé le 9 août 2019
8 octobre 2015	GLCSN	Sous-directeur des Opérations, SCRS	Affidavit du sous-directeur des Opérations du SCRS, déposé le 18 mars 2019
Divers avis préparés dans le contexte de l'évaluation des risques juridiques des opérations, de mars 2017 à la fin de 2018	GLCSN	SCRS	Affidavit de documents de l'agent de renseignement du SCRS – chef, Gestion des sources humaines, déposé le 25 janvier 2019; affidavit de l'avocate générale, GLCSN, déposé le 25 avril 2019
23 janvier 2017	GLCSN	Directeur, SCRS	Affidavit de document de l'adjointe juridique déposé le 25 janvier 2019



<b>LEGAL OPINIONS</b>			
<b>Date</b>	<b>Authored by</b>	<b>Addressed to</b>	<b>Location in Record</b>
February 3, 2017	Draft Opinion prepared for the consideration of the then DM Justice	Drafted to provide to the Director CSIS	Deputy Minister of Justice and Deputy Attorney General of Canada Affidavit filed July 5, 2019
January 7, 2019	Senior General Counsel NSLAG	Director CSIS	NSLAG Legal Assistant Affidavit of Documents filed January 25, 2019

ANNEX A

Appendix 6

## OVERVIEW OF EVIDENCE AND PROCEEDINGS

Pertinent Security Intelligence Review Committee [SIRC] Reports

<b>SIRC REPORTS</b>			
<b>Report Title</b>	<b>Report Number</b>	<b>Public References</b>	<b>Location in Record</b>
SIRC Review of a Human Source Operation	SIRC Review 2008-04	SIRC Annual Report (2008-2009) pgs. 15-16	Provided under the cover of a letter from Counsel for the AGC dated May 8, 2019 in response to an undertaking

<b>AVIS JURIDIQUES</b>			
<b>Date</b>	<b>Auteur</b>	<b>Destinataire</b>	<b>Situation au dossier</b>
3 février 2017	Avis préliminaire préparé à l'attention du sous-ministre de la Justice	Directeur, SCRS	Affidavit du sous-ministre de la Justice et sous-procureur général du Canada, déposé le 5 juillet 2019
7 janvier 2019	Avocat général principal, GLCSN	Directeur, SCRS	Affidavit de document de l'adjointe juridique déposé le 25 janvier 2019

ANNEXE A

Appendice 6

## APERÇU DE LA PREUVE ET DE L'INSTANCE

Rapports pertinents du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS)

<b>RAPPORTS DU CSARS</b>			
<b>Titre</b>	<b>Numéro de l'étude du CSARS</b>	<b>Référence publique</b>	<b>Situation au dossier</b>
Opérations du SCRS faisant appel à des sources humaines	2008-04	Rapport annuel du CSARS de 2008-2009, p. 18-19	Faisait partie d'une lettre de l'avocat du procureur général datée du 8 mai 2019 en réponse à un engagement

<b>SIRC REPORTS</b>			
<b>Report Title</b>	<b>Report Number</b>	<b>Public References</b>	<b>Location in Record</b>
CSIS's Investigation of Canadian Foreign Fighters	SIRC Review 2014-05	SIRC Annual Report (2014-2015) pgs. 15-17.	Referenced in SIRC Annual Report (2014-2015) marked as Exhibit CC 1 on April 1, 2019
CSIS's Relationship and Exchanges with the Department of Foreign Affairs, Trade and Development	SIRC Review 2014-07	SIRC Annual Report (2014-2015) pgs. 17-20 Updated	Filed on April 9, 2019 in response to undertakings
CSIS's investigation of Canadian Foreign Fighters	SIRC Review 2015-09	SIRC Annual Report (2015-2016) pgs. 18-20	Marked as Exhibit APP2 on April 1, 2019

## ANNEX B

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46

## PART II.1

**Terrorism**

## Interpretation

**Definitions**

**83.01 (1)** The following definitions apply in this Part.

*Canadian* means a Canadian citizen, a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* or a body corporate incorporated and continued under the laws of Canada or a province. (*Canadien*)

<b>RAPPORTS DU CSARS</b>			
<b>Titre</b>	<b>Numéro de l'étude du CSARS</b>	<b>Référence publique</b>	<b>Situation au dossier</b>
L'enquête du SCRS sur les combattants étrangers canadiens	2014-05	Rapport annuel du CSARS de 2014-2015, p. 15-17	Dans le rapport annuel du CSARS de 2014-2015 qui constitue la pièce « CC 1 », le 1 <sup>er</sup> avril 2019
La relation et les échanges entre le SCRS et le ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement	2014-07	Rapport annuel du CSARS de 2014-2015, p. 17-20 Mis à jour	Déposé le 9 avril 2019 en réponse à un engagement
Un examen de l'enquête du SCRS sur les « combattants étrangers » canadiens	2015-09	Rapport annuel du CSARS de 2015-2016, p. 21-23	Pièce « APP2 », le 1 <sup>er</sup> avril 2019

## ANNEXE B

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46

## PARTIE II.1

**Terrorisme**

## Définitions et interprétation

**Définitions**

**83.01 (1)** Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

**entity** means a person, group, trust, partnership or fund or an unincorporated association or organization. (*entité*)

**listed entity** means an entity on a list established by the Governor in Council under section 83.05. (*entité inscrite*)

**terrorist activity** means

(a) an act or omission that is committed in or outside Canada and that, if committed in Canada, is one of the following offences:

(i) the offences referred to in subsection 7(2) that implement the *Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft*, signed at The Hague on December 16, 1970,

(ii) the offences referred to in subsection 7(2) that implement the *Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation*, signed at Montreal on September 23, 1971,

(iii) the offences referred to in subsection 7(3) that implement the *Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents*, adopted by the General Assembly of the United Nations on December 14, 1973,

(iv) the offences referred to in subsection 7(3.1) that implement the *International Convention against the Taking of Hostages*, adopted by the General Assembly of the United Nations on December 17, 1979,

(v) the offences referred to in subsection 7(2.21) that implement the Convention on the Physical Protection of Nuclear Material, done at Vienna and New York on March 3, 1980, as amended by the Amendment to the Convention on the Physical Protection of Nuclear Material, done at Vienna on July 8, 2005 and the International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism, done at New York on September 14, 2005,

(vi) the offences referred to in subsection 7(2) that implement the *Protocol for the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Civil Aviation*, supplementary to the *Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation*, signed at Montreal on February 24, 1988,

**activité terroriste**

a) Soit un acte — action ou omission, commise au Canada ou à l'étranger — qui, au Canada, constitue une des infractions suivantes :

(i) les infractions visées au paragraphe 7(2) et mettant en oeuvre la *Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs*, signée à La Haye le 16 décembre 1970,

(ii) les infractions visées au paragraphe 7(2) et mettant en oeuvre la *Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile*, signée à Montréal le 23 septembre 1971,

(iii) les infractions visées au paragraphe 7(3) et mettant en oeuvre la *Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 14 décembre 1973,

(iv) les infractions visées au paragraphe 7(3.1) et mettant en oeuvre la *Convention internationale contre la prise d'otages*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 17 décembre 1979,

(v) les infractions visées au paragraphe 7(2.21) et mettant en oeuvre la Convention sur la protection physique des matières nucléaires, faite à Vienne et New York le 3 mars 1980, et modifiée par l'Amendement à la Convention sur la protection physique des matières nucléaires, fait à Vienne le 8 juillet 2005, ainsi que la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, faite à New York le 14 septembre 2005,

(vi) les infractions visées au paragraphe 7(2) et mettant en oeuvre le *Protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale, complémentaire à la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile*, signé à Montréal le 24 février 1988,

- (vii) the offences referred to in subsection 7(2.1) that implement the *Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation*, done at Rome on March 10, 1988,
- (viii) the offences referred to in subsection 7(2.1) or (2.2) that implement the *Protocol for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf*, done at Rome on March 10, 1988,
- (ix) the offences referred to in subsection 7(3.72) that implement the *International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings*, adopted by the General Assembly of the United Nations on December 15, 1997, and
- (x) the offences referred to in subsection 7(3.73) that implement the *International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*, adopted by the General Assembly of the United Nations on December 9, 1999, or
- (b) an act or omission, in or outside Canada,
- (i) that is committed
- (A) in whole or in part for a political, religious or ideological purpose, objective or cause, and
- (B) in whole or in part with the intention of intimidating the public, or a segment of the public, with regard to its security, including its economic security, or compelling a person, a government or a domestic or an international organization to do or to refrain from doing any act, whether the public or the person, government or organization is inside or outside Canada, and
- (ii) that intentionally
- (A) causes death or serious bodily harm to a person by the use of violence,
- (B) endangers a person's life,
- (C) causes a serious risk to the health or safety of the public or any segment of the public,
- (vii) les infractions visées au paragraphe 7(2.1) et mettant en oeuvre la *Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime*, conclue à Rome le 10 mars 1988,
- (viii) les infractions visées aux paragraphes 7(2.1) ou (2.2) et mettant en oeuvre le *Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental*, conclu à Rome le 10 mars 1988,
- (ix) les infractions visées au paragraphe 7(3.72) et mettant en oeuvre la *Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 15 décembre 1997,
- (x) les infractions visées au paragraphe 7(3.73) et mettant en oeuvre la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 décembre 1999;
- b) soit un acte — action ou omission, commise au Canada ou à l'étranger :
- (i) d'une part, commis à la fois :
- (A) au nom — exclusivement ou non — d'un but, d'un objectif ou d'une cause de nature politique, religieuse ou idéologique,
- (B) en vue — exclusivement ou non — d'intimider tout ou partie de la population quant à sa sécurité, entre autres sur le plan économique, ou de contraindre une personne, un gouvernement ou une organisation nationale ou internationale à accomplir un acte ou à s'en abstenir, que la personne, la population, le gouvernement ou l'organisation soit ou non au Canada,
- (ii) d'autre part, qui intentionnellement, selon le cas :
- (A) cause des blessures graves à une personne ou la mort de celle-ci, par l'usage de la violence,
- (B) met en danger la vie d'une personne,
- (C) compromet gravement la santé ou la sécurité de tout ou partie de la population,

(D) causes substantial property damage, whether to public or private property, if causing such damage is likely to result in the conduct or harm referred to in any of clauses (A) to (C), or

(E) causes serious interference with or serious disruption of an essential service, facility or system, whether public or private, other than as a result of advocacy, protest, dissent or stoppage of work that is not intended to result in the conduct or harm referred to in any of clauses (A) to (C),

and includes a conspiracy, attempt or threat to commit any such act or omission, or being an accessory after the fact or counselling in relation to any such act or omission, but, for greater certainty, does not include an act or omission that is committed during an armed conflict and that, at the time and in the place of its commission, is in accordance with customary international law or conventional international law applicable to the conflict, or the activities undertaken by military forces of a state in the exercise of their official duties, to the extent that those activities are governed by other rules of international law. (*activité terroriste*)

**terrorist group** means

(a) an entity that has as one of its purposes or activities facilitating or carrying out any terrorist activity, or

(b) a listed entity,

and includes an association of such entities. (*groupe terroriste*)

(D) cause des dommages matériels considérables, que les biens visés soient publics ou privés, dans des circonstances telles qu'il est probable que l'une des situations mentionnées aux divisions (A) à (C) en résultera,

(E) perturbe gravement ou paralyse des services, installations ou systèmes essentiels, publics ou privés, sauf dans le cadre de revendications, de protestations ou de manifestations d'un désaccord ou d'un arrêt de travail qui n'ont pas pour but de provoquer l'une des situations mentionnées aux divisions (A) à (C).

Sont visés par la présente définition, relativement à un tel acte, le complot, la tentative, la menace, la complicité après le fait et l'encouragement à la perpétration; il est entendu que sont exclus de la présente définition l'acte — action ou omission — commis au cours d'un conflit armé et conforme, au moment et au lieu de la perpétration, au droit international coutumier ou au droit international conventionnel applicable au conflit ainsi que les activités menées par les forces armées d'un État dans l'exercice de leurs fonctions officielles, dans la mesure où ces activités sont régies par d'autres règles de droit international. (*terrorist activity*)

**Canadien** Citoyen canadien, résident permanent au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ou personne morale constituée ou prorogée sous le régime d'une loi fédérale ou provinciale. (*Canadian*)

**entité** Personne, groupe, fiducie, société de personnes ou fonds, ou organisation ou association non dotée de la personnalité morale. (*entity*)

**entité inscrite** Entité inscrite sur la liste établie par le gouverneur en conseil en vertu de l'article 83.05. (*listed entity*)

**groupe terroriste**

a) Soit une entité dont l'un des objets ou l'une des activités est de se livrer à des activités terroristes ou de les faciliter;

b) soit une entité inscrite.

Est assimilé à un groupe terroriste un groupe ou une association formé de groupes terroristes au sens de la présente définition. (*terrorist group*)

**For greater certainty**

**(1.1)** For greater certainty, the expression of a political, religious or ideological thought, belief or opinion does not come within paragraph (b) of the definition *terrorist activity* in subsection (1) unless it constitutes an act or omission that satisfies the criteria of that paragraph.

**For greater certainty**

**(1.2)** For greater certainty, a suicide bombing is an act that comes within paragraph (a) or (b) of the definition *terrorist activity* in subsection (1) if it satisfies the criteria of that paragraph.

**Facilitation**

**(2)** For the purposes of this Part, facilitation shall be construed in accordance with subsection 83.19(2).

**Financing of Terrorism****Providing or collecting property for certain activities**

**83.02** Every person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term of not more than 10 years who, directly or indirectly, wilfully and without lawful justification or excuse, provides or collects property intending that it be used or knowing that it will be used, in whole or in part, in order to carry out

**(a)** an act or omission that constitutes an offence referred to in subparagraphs (a)(i) to (ix) of the definition of *terrorist activity* in subsection 83.01(1), or

**(b)** any other act or omission intended to cause death or serious bodily harm to a civilian or to any other person not taking an active part in the hostilities in a situation of armed conflict, if the purpose of that act or omission, by its nature or context, is to intimidate the public, or to compel a government or an international organization to do or refrain from doing any act.

**Providing, making available, etc., property or services for terrorist purposes**

**83.03** Every person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term of not more than 10 years who, directly or indirectly, collects property, provides or invites a person to provide, or makes available property or financial or other related services

**Interprétation**

**(1.1)** Il est entendu que l'expression d'une pensée, d'une croyance ou d'une opinion de nature politique, religieuse ou idéologique n'est visée à l'alinéa b) de la définition de *activité terroriste* au paragraphe (1) que si elle constitue un acte — action ou omission — répondant aux critères de cet alinéa.

**Interprétation**

**(1.2)** Il est entendu que l'attentat suicide à la bombe est un acte visé aux alinéas a) ou b) de la définition de *activité terroriste* au paragraphe (1) s'il répond aux critères prévus à l'alinéa en cause.

**Facilitation**

**(2)** Pour l'application de la présente partie, faciliter s'interprète en conformité avec le paragraphe 83.19(2).

**Financement du terrorisme****Fournir ou réunir des biens en vue de certains actes**

**83.02** Est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque, directement ou non, fournit ou réunit, délibérément et sans justification ou excuse légitime, des biens dans l'intention de les voir utiliser — ou en sachant qu'ils seront utilisés — en tout ou en partie, en vue :

**a)** d'un acte — action ou omission — qui constitue l'une des infractions prévues aux sous-alinéas a)(i) à (ix) de la définition de *activité terroriste* au paragraphe 83.01(1);

**b)** de tout autre acte — action ou omission — destiné à causer la mort ou des dommages corporels graves à une personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, notamment un civil, si, par sa nature ou son contexte, cet acte est destiné à intimider la population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque.

**Fournir, rendre disponibles, etc. des biens ou services à des fins terroristes**

**83.03** Est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque, directement ou non, réunit des biens ou fournit — ou invite une autre personne à le faire — ou rend disponibles des biens ou des services financiers ou connexes :



(a) intending that they be used, or knowing that they will be used, in whole or in part, for the purpose of facilitating or carrying out any terrorist activity, or for the purpose of benefiting any person who is facilitating or carrying out such an activity, or

(b) knowing that, in whole or part, they will be used by or will benefit a terrorist group.

...

### Participating, Facilitating, Instructing and Harboursing

#### Participation in activity of terrorist group

**83.18 (1)** Every person who knowingly participates in or contributes to, directly or indirectly, any activity of a terrorist group for the purpose of enhancing the ability of any terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term of not more than 10 years.

#### Prosecution

(2) An offence may be committed under subsection (1) whether or not

(a) a terrorist group actually facilitates or carries out a terrorist activity;

(b) the participation or contribution of the accused actually enhances the ability of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity; or

(c) the accused knows the specific nature of any terrorist activity that may be facilitated or carried out by a terrorist group.

#### Meaning of participating or contributing

(3) Participating in or contributing to an activity of a terrorist group includes

(a) providing, receiving or recruiting a person to receive training;

(b) providing or offering to provide a skill or an expertise for the benefit of, at the direction of or in association with a terrorist group;

(c) recruiting a person in order to facilitate or commit

(i) a terrorism offence, or

a) soit dans l'intention de les voir utiliser — ou en sachant qu'ils seront utilisés —, en tout ou en partie, pour une activité terroriste, pour faciliter une telle activité ou pour en faire bénéficier une personne qui se livre à une telle activité ou la facilite;

b) soit en sachant qu'ils seront utilisés, en tout ou en partie, par un groupe terroriste ou qu'ils bénéficieront, en tout ou en partie, à celui-ci.

[...]

### Participer, faciliter, donner des instructions et héberger

#### Participation à une activité d'un groupe terroriste

**83.18 (1)** Quiconque, sciemment, participe à une activité d'un groupe terroriste, ou y contribue, directement ou non, dans le but d'accroître la capacité de tout groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans.

#### Poursuite

(2) Pour que l'infraction visée au paragraphe (1) soit commise, il n'est pas nécessaire :

a) qu'une activité terroriste soit effectivement menée ou facilitée par un groupeterroriste;

b) que la participation ou la contribution de l'accusé accroisse effectivement la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter;

c) que l'accusé connaisse la nature exacte de toute activité terroriste susceptible d'être menée ou facilitée par un groupe terroriste.

#### Participation ou contribution

(3) La participation ou la contribution à une activité d'un groupe terroriste s'entend notamment :

a) du fait de donner ou d'acquérir de la formation ou de recruter une personne à une telle fin;

b) du fait de mettre des compétences ou une expertise à la disposition d'un groupe terroriste, à son profit ou sous sa direction, ou en association avec lui, ou d'offrir de le faire;

c) du fait de recruter une personne en vue de faciliter ou de commettre une infraction de terrorisme ou

- (ii) an act or omission outside Canada that, if committed in Canada, would be a terrorism offence;
- (d) entering or remaining in any country for the benefit of, at the direction of or in association with a terrorist group; and
- (e) making oneself, in response to instructions from any of the persons who constitute a terrorist group, available to facilitate or commit

(i) a terrorism offence, or

(ii) an act or omission outside Canada that, if committed in Canada, would be a terrorism offence.

#### Factors

(4) In determining whether an accused participates in or contributes to any activity of a terrorist group, the court may consider, among other factors, whether the accused

- (a) uses a name, word, symbol or other representation that identifies, or is associated with, the terrorist group;
- (b) frequently associates with any of the persons who constitute the terrorist group;
- (c) receives any benefit from the terrorist group; or
- (d) repeatedly engages in activities at the instruction of any of the persons who constitute the terrorist group.

#### Leaving Canada to participate in activity of terrorist group

**83.181** Every person who leaves or attempts to leave Canada, or goes or attempts to go on board a conveyance with the intent to leave Canada, for the purpose of committing an act or omission outside Canada that, if committed in Canada, would be an offence under subsection 83.18(1) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term of not more than 10 years.

#### Facilitating terrorist activity

**83.19 (1)** Every one who knowingly facilitates a terrorist activity is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

#### Facilitation

(2) For the purposes of this Part, a terrorist activity is facilitated whether or not

un acte à l'étranger qui, s'il était commis au Canada, constituerait une telle infraction;

(d) du fait d'entrer ou de demeurer dans un pays au profit ou sous la direction d'un groupe terroriste, ou en association avec lui;

(e) du fait d'être disponible, sous les instructions de quiconque fait partie d'un groupe terroriste, pour faciliter ou commettre une infraction de terrorisme ou un acte à l'étranger qui, s'il était commis au Canada, constituerait une telle infraction.

#### Facteurs

(4) Pour déterminer si l'accusé participe ou contribue à une activité d'un groupe terroriste, le tribunal peut notamment prendre en compte les faits suivants :

- (a) l'accusé utilise un nom, un mot, un symbole ou un autre signe qui identifie le groupe ou y est associé;
- (b) il fréquente quiconque fait partie du groupe terroriste;
- (c) il reçoit un avantage du groupe terroriste;
- (d) il se livre régulièrement à des activités selon les instructions d'une personne faisant partie du groupe terroriste.

#### Quitter le Canada : participation à une activité d'un groupe terroriste

**83.181** Quiconque quitte ou tente de quitter le Canada — ou monte ou tente de monter dans un moyen de transport dans l'intention de quitter le Canada — dans le but de commettre un acte à l'étranger qui, s'il était commis au Canada, constituerait l'infraction visée au paragraphe 83.18(1) est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans.

#### Facilitation d'une activité terroriste

**83.19 (1)** Est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans quiconque sciemment facilite une activité terroriste.

#### Facilitation

(2) Pour l'application de la présente partie, il n'est pas nécessaire pour faciliter une activité terroriste :

(a) the facilitator knows that a particular terrorist activity is facilitated;

(b) any particular terrorist activity was foreseen or planned at the time it was facilitated; or

(c) any terrorist activity was actually carried out.

a) que l'intéressé sache qu'il se trouve à faciliter une activité terroriste en particulier;

b) qu'une activité terroriste en particulier ait été envisagée au moment où elle est facilitée;

c) qu'une activité terroriste soit effectivement mise à exécution.

#### Leaving Canada to facilitate terrorist activity

**83.191** Everyone who leaves or attempts to leave Canada, or goes or attempts to go on board a conveyance with the intent to leave Canada, for the purpose of committing an act or omission outside Canada that, if committed in Canada, would be an offence under subsection 83.19(1) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term of not more than 14 years.

#### Quitter le Canada : facilitation d'une activité terroriste

**83.191** Est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans quiconque quitte ou tente de quitter le Canada — ou monte ou tente de monter dans un moyen de transport dans l'intention de quitter le Canada — dans le but de commettre un acte à l'étranger qui, s'il était commis au Canada, constituerait l'infraction visée au paragraphe 83.19(1).

*Note de l'arrêtiiste : la version française de l'annexe C suit la version anglaise et commence à la page 548.*

## ANNEX C

### ACTIVITIES AT ISSUE IN THE UNDERLYING MATTERS

[***Case B***]				
IN THE MATTER OF ISLAMIST TERRORISM,				
[***]				
Type of assistance	Specific activity	Contravention of Criminal Code (y/n)	References	Occurred before / after issuance of warrants
[***Provision of funds***]	CSIS provided [***payments over a few years, totalling less than \$25,000, to an individual known to be facilitating or carrying out terrorism***]	<b>Yes – s. 83.03</b> Provision of money to a person known to be facilitating or carrying out terrorist activity	[***]	[***]
[***Provision of funds***]	[***] provided [***a target with less than \$5,000 payment for services***]	<b>Depends – s. 83.03</b> Depending on the application of <i>Hinchey</i> to s. 83.03. The [***] may not have conferred a benefit on the recipient.	[***]	[***]
[***Provision of funds***]	[***] at the direction of the Service, provided a payment of [***less than \$1000 to a target***]	<b>Yes – s. 83.03</b> Provision of money to a person known to be facilitating or carrying out terrorist activity.	[***]	[***]

[***Case B***]				
IN THE MATTER OF ISLAMIST TERRORISM,				
[***]				
Type of assistance	Specific activity	Contravention of Criminal Code (y/n)	References	Occurred before / after issuance of warrants
[***Provision of funds***]	CSIS' direction to [***] to provide [***a target with payment for services***]	<b>Yes – s. 83.03</b>  Provision of money to a person known to be facilitating or carrying out terrorist activity.	[***]	[***]
[***Provision of funds***]	Interrupted transfer of funds [***] to [***target***]	<b>No –</b>  No property is provided to the subject of investigation's benefit where a transfer of funds is deliberately interrupted prior to its receipt by the person involved in terrorist activity		[***]
[***Provision of funds***]	[***A financial benefit valued at less than \$20***] was provided to [***a target***] by [***]	<b>Yes – s. 83.03</b>  Provision of money to a person known to be facilitating or carrying out terrorist activity.		[***]
[***Provision of goods***]	CSIS directed [***] to provide [***a target with goods valued at less than \$2,000***].	<b>Yes – s. 83.03</b>  Provision of personal property to a person known to be facilitating or carrying out terrorist activity.	[***]	[***]

## ANNEXE C

## ACTIVITÉS AYANT TRAIT AUX QUESTIONS SOUS-JACENTES

[***Dossier B***]				
DANS L'AFFAIRE VISANT LE TERRORISME ISLAMISTE,				
[***]				
Type d'aide	Activité en cause	Y a-t-il eu infraction au Code criminel?	Références	L'activité s'est-elle déroulée avant ou après la délivrance des mandats?
[***]	Le SCRS a versé [***des paiements pendant quelques années, totalisant moins de 25 000 \$, à un individu connu pour faciliter ou effectuer des actes de terrorisme.]	<b>Oui – article 83.03</b>  Offrir de l'argent à une personne, sachant qu'elle se livre à une activité terroriste ou la facilite.	[***]	[***]
[***]	[***] a remis à [***une cible dont le paiement pour les services rendus est inférieur à 5 000 \$***]	<b>Peut-être – article 83.03</b>  Tout dépendant de l'application de <i>Hinchey</i> à l'article 83.03, le [***] peut ne pas avoir procuré de bénéfice au destinataire.	[***] [***]	[***]
[***]	[***] pour le compte du Service, a versé [***moins de 1 000 \$ à la cible***]	<b>Oui – article 83.03</b>  Offrir de l'argent à une personne, sachant qu'elle se livre à une activité terroriste ou la facilite.	[***]	[***]
[***Fonds mis à disposition***]	Le SCRS a demandé à [***] de verser [***des paiements***] à [***une cible pour services rendus***]	<b>Oui – article 83.03</b>  Offrir de l'argent à une personne, sachant qu'elle se livre à une activité terroriste ou la facilite.	[***]	[***]

[***Dossier B***]				
DANS L'AFFAIRE VISANT LE TERRORISME ISLAMISTE,				
[***]				
[***Fonds mis à disposition***]	interruption du virement de fonds [***] à [***une cible***]	<b>Non</b>  La cible de l'enquête, c'est-à-dire la personne qui participe à une activité terroriste, ne tire bénéfice d'aucun bien lorsque le virement de fonds est interrompu délibérément avant qu'elle l'ait reçu.	[***]	[***]
[***Fonds mis à disposition***]	[***] a remis à [***une cible***] [***] [***un bénéfice financier d'une valeur inférieure à 20\$.***]	<b>Oui – article 83.03</b>  Offrir de l'argent à une personne, sachant qu'elle se livre à une activité terroriste ou la facilite.	[***]	[***]
Fourniture de biens	Le SCRS a demandé à [***] de remettre à [***une cible***] [***des biens d'une valeur inférieure à 2 000 \$***].	<b>Oui – article 83.03</b>  Offrir des biens personnels à une personne, sachant qu'elle se livre à une activité terroriste ou la facilite.	[***]	[***]



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, 8e étage  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3